

سازمان کتابخانه ها، موزه ها و مرکز اسناد آستان قدس رضوی

اداره مخطوطات

نام کتاب الفقه (کتاب فی ...)

مؤلف متن .... محشی ....

شارح .... مترجم ....

تاریخ تحریر قرن ۱۲ ق نوع خط نسخ تعداد سطر ۱۷

نام کاتب ....

موضوع فقه زبان عربی عدد اوراق ۲۸۴

طول ۲۵/۵ عرض ۱۳/۵ شماره عمومی ۴۳۱۱۳

وقفی / خریداری آستان قدس رضوی تاریخ وقف ۱۵۹ شهریور ۱۳۸۹ از آثار سلطانی

ملاحظات ....

شریعتی

١

في الاولين وعدم السبق في الثالث والاسم لفرد السابق كما كان

فان ضم وحده وقال اول عبد اشتريته وحده حر عتق الثالث

لان قوله اشتريته وحده يقتضي التفرد في الشراء العبد الثالث

متصف بهذه الصفة وفي اخر عبد اشتريته حر ان اشترى عبدا

ومات السيد لم يعتق لان الاخر اسم الفرد لاحق وهذا العبد لا

سابق له فلا يكون لاحقا ولا يتوهم انه اذا مات يكون هذا

العبد اخر فان اشترى عبدا ثم اشترى عبدا اخر ثم مات عتق

العبد الاخر لانه فرد لاحق يوم شرى اي يستند العتق عند ابي حنيفة رح

الى وقت الشراء حتى يعتبر العتق من كل ماله لو اشترى في صحته و

عندهما عتق الاخر يوم مات اي يقتصر العتق على وقت الموت

من ثلثه اي ثلث المال لان الاخرية انما يثبت بان لا يشتري

بعده غيره فصار العتق معلقا بعدم الشراء عبد اخر بعده

وانما يثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمان الموت و

لابي حنيفة رح ان صفة الاخرية انما يثبت وقت شراؤه لان

هذه الصفة بعرض الزوال بان يشتري بعده غيره فاذا مات

ولم يوجد ما ابطل صفة الاخرية تبين انه كان اخر منذ شراه

فيعتق من ذلك الوقت من كل ماله وعلى هذا لو قال اخر امراة

تزوجها طالق ثلثا فتزوج امراة ثم تزوج اخرى ودخل بها ثم
مات طلقت من حين التزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يصير الزوج فارا
لو علق الطلاق الثلث به اي بالاخر كما ذكرنا فلا ترث عنده
وعدتها بالحيض بلا حداد خلافا لهما اذ عندهما يطلق في اخر
حيوته فترث وعليها عدة الوفات مع حداد وبكل عبد بشرني
بكذا فهو حر فبشره ثلثة اعبد عتق اول ثلثة ان بشروه متفرقين
لان بشارة في العرف اسم لخبر سار صدق لم يعلم المخبر به وهذا انما
يتحقق من الاول لان الثاني اخبره بما كان معلوما له وعتق الكل
ان بشروه معا لان البشارة قد يتحقق من الجماعة قال الله تعالى
فبشروه بغلام عليم وسقط بشراء ابيه وكل قريب محرم لكفارته
هي اي الكفارة فان شرط الخروج عن عهدة الكفارة اقتران نية
الكفارة بعلة العتق وشرى القريب علة العتق شرعا قال عليه
الصلوة والسلام وآله لن يجزي ولد والده الا ان يجد مملوكا
فيشتريه فيعتقه اي بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق اخر بعد الشراء
وهذا كما يقال ضربه فاوجعه اي بالضرب واذا كان الشراء علة
كانت نية الكفارة مقارنة لعلة العتق فسقطت الكفارة عند زفر
والشافعي رحمهما الله لا تسقط لان العلة عندهما القرابة وهي لا تسقط الكفارة

بشراء عبد حلف بعتقه اي لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو
حر وشراه بنية الكفارة لا تسقط لان علة العتق اليمين والشراء
شرط فلا يكون النية مقارنة للعلة حتى لو كانت النية مقارنة
لليمين كما لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر عن كفارة يمين
ثم اشتراه لسقطت الكفارة لا يقال التعليق عندنا يمنع العلية
فقوله هو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير
علة عند وجود الشرط فيكون النية مقارنة لعلة العتق لانا
نقول لا يخفى ان العلة ليست موجودة حال الشراء بل حال التعليق
وصيرورتها علة حال وجود الشرط لا يقتضي وجودها الا يرى
ان اهلية العتق شرط وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو
جن بعد اليمين ووجد الشرط يثبت الحكم اي العتق وان لم يكن
اهله فكذا النية يشترط وقت اليمين ولا تسقط بشراء مستولدة
بنكاح علق عتقها عن كفارته بشرائها اي قال لامة استولدها
بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمين فاشتراها
تعتق ولا تسقط عنه الكفارة لان حريتها مستحقة بجهة اخرى
وهو الاستيلاد فحصل العتق بشيئين الاستيلاد وقوله انت حرة
فاختلفت اليمين الى الاضافة وبعتق بان تسريت امة فهي حرة

وشراها وهي في ملكه يوم حلفه لان اليمين انعقدت في حقها لمصا
دفتها الملك لا يعتق من لم يكن ملكه وقت حلفه وشراها وتزوجها
لان شرط صحة الحلف بالعتق الملك او الاضافة اليه بان قال ان ملكت
امة فهي حرة او الى سبب الملك بان قال ان اشتريت امة فهي حرة ولم
يوجد واحد منهما بل اضافة الى الشراء فلا يعتق وفيه خلاف
زفر به ويعتق بكل مملوك لي حر امهات اولاده ومدبروه وعبيده
لان الملك فيهم كامل ثابت يدا ورقبة فالمملوك المطلق يتناولهم
لا يعتق مكاتبوه وكذا معتق البعض لان الملك فيهم ناقص لعدم
ثبوته يدا لا بنيتهم ويعتق بهذا حر وهذا حر وهذا لعبيده
ثالثهم وخير في الاولين لان أو لاحد الشيئين ودخل بين الاول
والثاني فيعتق احدهما خير في التعيين وعطف الثالث على المعتق
فيعتق فكانه قال احدهما حر وهذا فالمعطوف عليه هو الماخوذ
من صدر الكلام لا احد المذكورين بالتعيين وقيل لا يعتق احدهم
في الحال ويكون الخيار بين الاول والاخرين لان الثالث عطف على
ماقبله كانه قال هذا حر وهذان حران ورد هذا القول بان الخبر
المذكور حر وهو لا يصلح خبرا للاثنين اذ يقال للواحد حر وللا
ثنين حران ولا وجه الاثبات خبر مخالف للمذكور لفظا لكن لا يخفى

انه لا يجري في اعتقت هذا وهذا فانه يمكن ان يكون التخيير بين
الاول والاخرين بمنزلة اعتقت هذا او هذين كالطلاق اي قال
لبيتونة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير بين
الاولين لما ذكرنا ولام دخل على فعل اي تعلق به يقع ذلك الفعل
عن جهة غيره اي غير الفاعل كبيع وشراء واجارة وخياطة
وصباغة وبناء فان هذه الافعال قد يقع عن الغير وتجري
فيها النيابة اقتضى تعلق اللام بالفعل امره اي امر غير الفاعل
عن الغير بالفعل ليخصه اي ليخص الامر الفعل الصادر عن الفاعل
به اي بغير الفاعل فلم يحنث الحالف في ان بعت لك ثوبا ان باعه
بلا امره اي بلا امر المخاطب سواء ملكه اي ملك المخاطب الثوب
او لا يملكه اللام متعلق بالبيع فيقتضي اختصاص البيع بالمخاطب
والفعل لا يختص بغير الفاعل الا بالامر والتوكيل لان نفعه حينئذ
يعود اليه فالمعنى ان بعت ثوبا بوكالتك وامرك لم يوجد فلا
يحنث وان دخل اللام على عين او فعل اي تعلق به لا يقع ذلك
الفعل عن جهة غيره كاكل وشرب ودخل وضرب الولد فان
هذه الافعال لا يقع عن الغير ولا تجري فيها النيابة اقتضى ملكه اي
ملك الغير فحنث الحالف في ان بعت ثوبا لك ان باع ثوبه اي ثوب

المخاطب بامره او بلا امره علم بان الثوب له او لم يعلم لان اللام
دخل على العين فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا
له وكذا حنث في ان اكلت لك طعاما او شربت لك شرابا
ان اكل الطعام المخاطب وشرب شرابه سواء قدم اللام او اخر
كما اذا قال ان اكلت طعاما لك لان هذا الفعل مما لا يجري فيه النيابة
ولا يملك بالعقد فوجب صرف اللام الى ما يملك وهو العين فاللام
في المعنى متعلق بالطعام والشراب والمراد بالملك الاختصاص
ليشتمل نحو ان ضربت لك الولد وفي قوله كل عرس لي فكذا اي
طالق بعد قول عرسه له انت نكحت امراة اخرى على طلقت
اي عرسه لان قوله عام والعمل بعموم الكلام واجب ما امكن وعن
ابي يوسف ان عرسه لا تطلق وذكر شمس الائمة في الجامع الصغير
ان ما ذكر ابو يوسف اصح عندي وصح نية غيرها اي غير عرسه
ديانة لانه يقال هذا الكلام ارضاءها فيكون المراد غيرها ولا يصح
قضاء لانه نوى تخصيص وهو خلاف الظاهر والله اعلم

هو في اللغة تمليك المال بالمال وفي الشرع
مبادلة مال متقوم بمال تمليكا وتملكا بتراض قيد به ليخرج له
بيع المكره اذ الغرض بيان بيع النافذ والمال ما يجري فيه التنافس والابتذال

فصفة المالية للشيء بتمول كل الناس او بتمول البعض اياه والقيمة للشيء انما يثبت باباحة الانتفاع به شرعا فالخمر مال وليس
بمتقوم والبيع من الاضداد ويقع في الغالب على اخراج المبيع من
الملك قصدا والشراء كذلك ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن
الملك قصدا وينعقد بايجاب وقبول سواء اوجب البائع اولا
وقبل المشتري او بالعكس فان الايجاب هو المذكور اولا سمي به
لانه اوجب صاحبه الجواب والانعقاد عبارة عن انضمام كلام احد
المتعاقدين الى الاخر وحاصله التيسر والحصول بلفظي ماض
كبعت واشتريت ولا ينعقد بلفظين احدهما مستقبل نحو ان
يقول البائع ابيعك او اشتري مني ويقول المشتري اشتريت
او يقول المشتري بعني فيقول البائع بعت وينعقد بتعاط
مطلقا اي اشياء النفيسة والخسيسة عند الجمهور وهو الصحيح
والشرط في البيع التعاطي الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة
الحلواني وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفي كما اذا ساوم ولم
يكن معه وعاء فذهب بالمبيع مع وعاء البائع ثم جاء بالوعاء واعطى الثمن
فهو جائز والمراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء وبالخسيس ما
يقل كالبقل واللحم والخبز والرمانة واذا اوجب واحد من المتعاقدين

البيع قبل الآخر في المجلس اثناء كل المبيع بكل الثمن او ترك وهذا
خيار القبول وهو يمتد الى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور وليس
للآخر ان يقبل في بعض المبيع دون البعض الا اذا بين ثمن كل واحد
بان قال بعت هذا بدرهم وذاك بدرهم فقبل احدهما بدرهم يجوز
وقيل لا يجوز الا ان يقول بعت هذين بعت هذا بدرهم وبعت
هذا بدرهم وقبل المشتري احدهما جاز اما اذا لم يعد لفظ البيع لا
يصح قبول احدهما وان سمي لكل واحد منهما ثمنا وما لم يقبل
الآخر بطل الايجاب ان رجع الموجب لانه خلا عن ابطال حق
الغير او قام احدهما عن المجلس لان القيام دليل الاعراض و
الرجوع واذا وجدا اي الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لوا
حد منهما قال الشافعي رحمه الله لكل واحد منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا
بدنا ويعرف المبيع بالاشارة اليه وان لم يعرف القدر والصفة
لا بذكر القدر والصفة بان قال بعت كذا قدرا من حنطة كذا و
لم يكن مشارا اليها لا يصح العقد الا في السلم لانه انما يقع عادة
بما ليس بموجود في ملك البائع فيعرف بذكر القدر والصفة و
يعرف الثمن باحدهما اي بالاشارة او بذكر القدر والصفة
والحاصل ان الاصل في البيع ان يكون عينا ليتحقق القدرة على التسليم

صنوف

فيعرف بالاشارة دون ذكر القدر والصفة اما الثمن
فلا يجب ان يكون عينا لانه يثبت في الذمة فيكتفي فيه
بالاشارة او ذكر القدر والصفة ولا يضر الجزاف في جواز — توده
البيع كما اذا قال بعت هذه الصبرة من الحنطة بتلك الصبرة
من الشعير ولم يعلم قدرهما جاز البيع لان الجهالة لا
يمنع من التسليم الا في بيع الجنس بالجنس فانه مجازفة
لا يجوز لاحتمال الربوا وهذا اذا كان شيئا يدخل تحت الوزن
او الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة
وان كان في جنس واحد ويقع مطلق الثمن بان ذكر قدره
وجنسه ولم يذكر صفته كما اذا قال بعت بعشرة دراهم على
الاروج الغالب لان المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد
الغالب فكان كالتعيين بالنص فانصرف المطلق اليه فان استوى — التعيين بالعرف
رواج النقود فسد البيع ان اختلف ماليتها وعيارها اي حتى
تفاوت رواجها لان الثمن المسمى المطلق مجهول وهذه الجهالة يفضي
الى النزاع والطالب يطالب بما على المبيع النقود والمطلوب يسلم ادناها وكل
جهالة يكون هذه صفتها يمنع جواز البيع اما ان استوى رواجها وماليتها
جاز البيع ويعطي المشتري اي نوع شاء اذ لا نزاع عند عدم الاختلاف

في المالية فان بيع شيء ذو افراد كلواحد منهما بكذا وان لم يتفاوت
الافراد صح البيع في فرد واحد كما اذا باع صبرة من الحنطة كل صاع
بدرهم جاز البيع في صاع واحد عند ابي حنيفة الا ان سمي جملة
قفزانها بان قال هذه الصبرة عشرة صيعان كل صاع بدرهم يصح
في الكل وقالا صح في الكل سمي او لم يسم والا اي ان تفاوتت افراده كما اذا
باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فلا يصح البيع اصلا لا في واحد ولا في
الجميع الا ان لم يسم عدد الافراد فههنا ثلثة اوجه اما ان بين جملة الصيعان
وجملة الاغنام ولم يبين جملة الثمن او بين جملة الثمن ولم يبين
عدد الصيعان والاغنام وفي هذين الوجهين يجوز البيع في الكل
اجماعا لان المبيع لما صار معلوما بالتسمية وقد بين ثمن كل
صاع وكل شاة صار الثمن معلوما بالتسمية وقد تبين ثمن كل
صاع وكل شاة صار الثمن معلوما ضرورة وكذا عكسه وان لم يبين
جملة الثمن ولا جملة الصيعان والاغنام فعنده لا يجوز الا ان يعلم عدد
الصيعان والاغنام في المجلس وعندهما يجوز في الكل وان باع صبرة
حنطة على انها مائة صاع بمائة درهم فان نقص الصاع عن مائة
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ المشتري الموجود بالحصة من الثمن
او فسخ البيع لانه لا يتم رضا المشتري بالموجود فله الخيار وان زاد الصاع

على المائية فللبائع الزيادة لان البيع وقع على قدر معين فلا يستحق
المشتري الزيادة عليه والقدر ليس بوصف حتى يتبع الاصل وفي
المذروع اي باع المذروع على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجده
اقل من الذراع الذي سماه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الاقل
بكل الثمن او ترك البيع وان وجده اكثر من الذراع الذي سماه كان
الاكثر له اي للمشتري ولا خيار للبائع واصله ان الذراع فيما يذرع يشبه
الاوصاف اذ الاسم لا يتغير بزيادة الذرع ونقصانه بل يتغير وصفه
فيصير طويلا او قصيرا والطول والقصر من الاوصاف فان زاد سلم
للمشتري لان الصفة تابعة فيستحق باستحقاق المتبوع كما لو باع
عبدا على انه معيب فاذا هو سليم وان نقص فقد فات الوصف المرغوب
فيختل رضاه فيتخير كما لو اشترى سليما فوجده معيبا ولا يحط شيء
من الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن والفاصل بين القدر
والوصف ان ما لا ينقص الباقي لفواته فهو اصل وما ينقص الباقي
لفواته فهو وصف فعلم بهذا ان القدر في المكيلات والموزونات اصل
والذرع في المذروعات وصف فان انتقص قفيز من مائة لا يتعيب
الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد
واذا انتقص الذرع الواحد من الثوب لا يشتري الباقي بالثمن الذي

كان يشتري معه فان الثوب اذا كان خمسة عشر ذراعا يشتري بخمسة عشر
دينارا اما اذا انتقص خمسة اذرع منه لا يشتري الباقي بعشرة دنانير
لانه لا يكفي جبة وخمسة عشر يكفي وان قال بعت المذروع على انه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فوجده المشتري اقل من عشرة او اكثر فبالحصة فيهما
اي في الاقل والاكثر فان وجده اقل فله الخيار ان شاء اخذ الاقل وان شاء
فسخ البيع وكذا ان وجده اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع
بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه اذا قابل كل ذراع بدرهم جعل الذراع اصلا
لان مقابلة الثمن بشيء من خواص كونه اصلا فان الثمن لا يقابل الاوصاف
ونزل كل ذراع منزلة ثوب وصح بيع البر في سنبله والباقلاء
الاخضر ونحوه كالارز والسمسمة والجوز واللوز والفستق في
قشره الاول وقال الشافعي رح لا يصح بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز
والفستق في قشره الاول وله في بيع السنبلة قولان وانما قال في قشره
الاول لان فيه خلاف للشافعي رح واما في قشره الثاني فيجوز اتفاقا
وصح بيع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا فبيع الثمار قبل الظهور لا يصح
اتفاقا وان باعها بعد ان يصير منتفعا بها يصح وان باعها قبل ان
يصير منتفعا بان لم يصلح لتناول بني ادم وعلف الدواب فالصحيح
انه يصح لانه ان لم يكن منتفعا في الحال فهو بعرض ان يصير منتفعا

فهو بعرض يصير منتفعا به في المآل بواسطة التركه والشافعي لا يصح بيع الثمرة بعد ما صارت منتفعا بها قبل الادراك ١٢

قبل الادراك

قبل الادراك فيجب على المشتري قطعها اي قطع الثمر في الحال ليتفرغ
ملك البائع وشرط تركها على الشجر يفسد البيع لانه شرط يخالف المقتضى
البيع وهو شغل ملك الغير وهذا اذا لم يتناهى عظمها فان تناهى عظمها
او باعها مطلقا او بشرط القطع صح وان باعها بشرط الترك لم يصح
قياسا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما وصح استحسانا عند محمد رح وذكر
في الاسرار ان الفتوى على قوله لانه شرط متعارف بخلاف ما اذا
لم يتناه عظمها لان الثمار على رؤس الاشجار تزيد وهذه الزيادة
تحدث بعد البيع عن ملك البائع اعني الارض والشجر فكانه ضم المعدوم
الى الموجود واشتراهما فيفسد البيع كاستثناء قدر معلوم اي باع
الثمر على الشجر واستثنى قدرا معلوما يفسد البيع لجهالة ما بقي بعد
الاستثناء بل ربما لا يبقى شيء بعد الاستثناء وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر الرواية وهو قول مالك رح يصح البيع
في الخيار وهو التخيير بين الفسخ والاجازة صح خيار
الشرط من اضافة الحكم الى سببه اي الخيار الذي يكون سببه الشرط
لكل منهما اي من البائع والمشتري ولهما جميعا ثلثة ايام او
اقل ولا يصح اكثر منها عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رحهم وقال ابو يوسف
ومحمد رحهما يصح اذا كانت المدة معلومة طالت او قصرت والقياس

يقتضي عدم جواز شرط الخيار لانه يخالف مقتضى البيع وهو اللزوم
وانما جوز لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا بايعت فقل
لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام الا انه يجوز البيع ان شرط الخيار
اكثر من ثلاثة ولجاز في الثلث مع انه انعقد فاسد لانه زال
قبل تقرره بدخول يوم الرابع فيجوز العقد وقيل ان العقد لم
يقع فاسدا بل هو موقوف والفساد باتصال اليوم الرابع فاذا
جاز قبل الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد وصار كالخيار
لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وكذا اي مثل خيار الشرط ان
اشتري وشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام او اكثر فلا
بيع بينهما وهذا في معنى شرط الخيار فان الحاجة مست الى
انفساخ العقد عند عدم النقد دفعا للضرر فعند ابي حنيفة
شرط نقد الثمن جائز الى ثلاثة ايام او الى الزيادة غير جائز كشرط
الخيار وعند محمد انه يجوز الزيادة على الثلث كشرط الخيار
واما ابو يوسف فلم يجوز شرط نقد الثمن الى الزيادة على الثلث
مع انه يجوز شرط الخيار الى الزيادة لان القياس ما قال ابو حنيفة
يجري في خيار النقد على القياس وفي خيار الشرط اخذ بالاثر

ويرتفع الفساد
بيني وبينك
خلاف لزفر والشافعي وانما يجوز البيع ان اجاز في الثلثة ايام

وهو ماروي

٨

وهو ماروي ابن عمر رضي الله عنهما اجاز خيار الشرط زيادة
على الثلثة وان نقد في الثلث صح عندهم لزوال المفسد وعند
زفر لا يجوز خيار النقود ولا يخرج مبيع عن ملك بايعه مع
خياره لان العين لا يخرج عن ملكه بطريق التجارة الا برضاه وما
شرط الخيار فات رضاه وفيه خلاف الشافعي فان قبضه
المشتري فهلكه في يد المشتري في مدة الخيار عليه بالقيمة ان
لم يكن مثليا وان كان مثليا فعليه المثل وقال ابن ابي ليلى لا شئ
عليه لانه امين ونحن نقول البائع ما رضي بقبضه الا بجهة
العقد والمقبوض للعقد مضمون بالقيمة لان الضمان الاصلي
القيمة وانما يتحول الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط
البائع الخيار لنفسه اما لو هلك في يد البائع انفسخ البيع كما في بيع
البات كالمقبوض على سوم الشراء بان ساوم الشئ وسمى الثمن
وقبض ذلك الشئ وهلك في يده ضمن اما اذا لم يسمي الثمن لم
يضمن ويخرج المبيع عن ملك البائع مع خيار المشتري
لان البيع في جانب البائع لازم فاذا قبضه المشتري فهلكه في يده
بالثمن وقال الشافعي بالقيمة كتعيبه اي تعيب المبيع بفعل المشتري
او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او غير ذلك لان المشتري عجز

رد المبيع كما قبض فيسقط خياره ولزم العقد وكذا الهلاك فانه
لا يخلو عن مقدمة عيب فيجب على المشتري الثمن لكن لا يملكه
المشتري اذا الخيار له عند ابي حنيفة لا وعندهما يملكه المشتري
وهذا اصل يبنى عليه مسائل اشار اليها بقوله فلا يثبت احكام
الملك عنده كعتق قريبه اي لو اشترى قريبه المحرم بالخيار لا يعتق
عنده في ايام الخيار خلافا لهما ونحوه كما اذا اشترى زوجته
بالخيار لا يفسد النكاح عنده وعندهما يفسد ولو ولدت المشتراة
في المدة في يد البائع لا يصير ام ولد للمشتري عنده خلافا لهما خيار
وكذا اذا حلف ان ملكت هذا العبد فهو حر واشتراه على انه
بالخيار لا يعتق في ايام الخيار عنده وعندهما يعتق وكذا
ان اشترى امة بالخيار فحاضت في ايام الخيار لا تعد هذه
الحيضة من الاستبراء عنده وعندهما تعد من الاستبراء ولو
ردت الامة بالخيار على البائع لا يجب الاستبراء على البائع
عنده لان الاستبراء بالانتقال من ملك الى ملك ولم يوجد عنده
وعندهما يجب الاستبراء على البائع اذا ردت بعد القبض وكما
اذا اشترى بالخيار وقبض المبيع باذن البائع ثم اودعه عند
البائع فهلك في يده هلك من مال البائع لان قبض المشتري قد ارتفع

بالرد لان

بالرد لان المشتري لم يملكه فلم يصح الايداع بل رده الى البائع فع
للقبض فيكون الهلاك قبل القبض فيكون من مال البائع و عندهما
لما ملكه المشتري صح ايداعه ولم يرتفع القبض فكانه هلك في يد
المشتري فيكون الهلاك من ماله وكما اذا اشترى عبد ماذون
شيئا بالخيار فابراه بايعه عن الثمن في مدة الخيار صح الابراء
وبقي خياره فان اجازه كان المبيع له بلا ثمن وان فسخ عاد
المبيع الى البائع لان عنده لم يملكه فكان الرد امتناعا عن التملك
والماذون يملكه كما وهب له شيء فامتنع عن القبول وعندهما
بطل خياره لانه ملكه عندهما فكان الرد والفسخ من العبد تمليكا
من البائع بلا بدل وهو تبرع والماذون لا يملكه وكما اذا
اشترى ذمي من ذمي خمرا على ان المشتري بالخيار ثم اسلم
بطل البيع عنده لانه يملكها فلو لم يبطل فيملكها المشتري عند
اسقاط الخيار بعد اسلامه فيلزم تملك المسلم الخمر وذا لا يجوز
وعندهما نفذ البيع ولا يبقى الخيار لانه ان بقي كان له ولاية الرد
والرد يكون تمليكا والمسلم لا يملك تمليك الخمر والفسخ اي فسخ من شرط
له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا لا يعمل في انتقاض البيع الا ان يعلم
صاحبه الفسخ في المدة اي مدة الخيار فلو فسخ في حال غيبته

صاحبه فان بلغه قبل مضي المدة انتقض البيع بحصول العلم به
وان بلغه بعد مضي المدة تم المبيع هذا عند ابي حنيفة ومحمد لان
العقد منعقد حيا مع الخيار وبالفسخ الانعقاد في
الحكم في حق الاخر ولا يخلو عن الضرر بالاخرة وقال ابو يوسف
يجوز الفسخ بغير علم صاحبه في المدة بخلاف الاجازة ان اجاز
البيع من له الخيار بغير اجازته في نفاذ البيع وان لم يعلم به صاحبه
في المدة ويسقط الخيار بمضي المدة اي اذا مضت مدة الخيار تم البيع
وقال مالك رح اذا مضت المدة ولم يجز البيع بطل البيع وبكل ما يدل
على الرضا كالركوب والوطي والاعتاق وغير ذلك لان هذه التصرفات
دليل التملك وكذا لاخذ بالشفعة فلو شتري دارا على انه بالخيار
الخيار ثلثة ايام فباع رجل دارا بجنبها واخذ المشتري بشفعها
صح اخذ وكان اخذه بالشفعة رضا بالبيع وشراء احد
الثوبين او احد الثلثة اثواب على ان يعين احدا من الثوبين
او الاثواب صح وهذا خيار لا يصح في الاكثر من الثلثة وعند مالك رح
يصح كما في الثلثة وعند زفر والشافعي رح لا يصح في الكل وهذا
القياس لجهالة المبيع احد الثوبين او الثلثة وهو مجهول ولكنا
نقول جوز ذلك الحاجة الى التروي ليختار الاوفق

والجهالة ههنا لا يفضي الى النزاع لان الامر مفوض الى المشتري
فيختار اياشاء ويرد الباقي والحاجة تندفع بالثلثة لاشتمالها على الجيد
والردي والوسط وفي الاربعة لم يوجد الحاجة فبقينا على الاصل
فلم يجز وشراء العبدين بالخيار في احدهما صح ان فصل الثمن
وعين محل الخيار اي باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما
او كان الخيار للمشتري ان فصل وعين محل الخيار كما اذا باع سالما
وغانما بالفين كلا منهما بالف على ان البائع او المشتري بالخيار
في سالم ثلثة ايام صح البيع وفسد في الاوجه الباقية وهذه المسئلة
على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار
كما ذكرنا والثاني ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار كما
اذا باع سالما وغانما بالفين على ان البائع او المشتري بخير في احدهما
والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار كما اذا باعهما
بالفين كل واحد بالف بشرط الخيار في احدهما والرابع ان يعين الذي
فيه الخيار ولا يفصل الثمن كما اذا باعهما بالفين بشرط الخيار في سالم
ففي الوجه الاول صح البيع وفي الاوجه الثلثة فسد لجهالة المبيع
او الثمن فان من الخيار غير داخل تحت حكم البيع فبقي الاخر
وهو مجهول فصار المبيع مجهول والثمن يثبت بطريق الحصة بالتقسيم

فيكون مجهولا وعبد مشتري بشرط كتبة او جنين او امة مشترط

البها بكر ولم يوجد هذه الاوصاف في المشتري يخير المشتري لفوت

المشروط وما رضي به دونه واذا اخذ المشتري اي اخذ بثمنه جميعا

او ترك لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن وهذه الشرط لا يفسد

البيع لان كل شرط شرط في البيع ورجع الى بيان صفة المبيع لا يفسد

لكونه ملائما كاشتراط صفة السلامة عن العيب ويورث خيار

التعيين كما اذا اشترى احد الثوبين بعشرة على ان يعين ايا شاء

فمات المشتري يقوم وارثه مقامه وله ان يعين احدهما والعيب

لان الوارث يستحق المبيع سليما عن العيب كالميت فاذا وجد

عيبا له ان يرده ولا يورث خيار الشرط فان العقد يتم بموت

له الخيار ويبطل الخيار وقال مالك يفسخ العقد وقال الشافعي

خيار الشرط يورث يقوم وارث من له الخيار مقامه واجمعوا

انه لو مات من عليه الخيار يبقى الخيار لمن له الخيار وكذا

لا يورث خيار الرؤية لان الخيار انما يثبت للعاقد بالنص

سيجيء والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له الخيار

في خيار الرؤية صح شراء ما لم يره كما اذا اشترى زيتا في زق او برا

في جوالق واتفقا على انه موجود في ملكه لقوله عليه السلام

١١

من اشترى شيئا ولم يره فله الخيار اذا رآه وقال الشافعي لا يصح العقد

والمشتري له الخيار عندها اي عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء ترك

وخيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد مبطله لان الحديث

اثبت خيارا مطلقا للمشتري فلا يتوقت وان رضي المشتري قبلها

اي قبل الرؤية لان الخيار يتعلق ثبوته بالرؤية فلا يثبت قبلها

ويكون معدوما فلا يصح اسقاطه لكن لو فسخ البيع قبل الرؤية

غير لازم ينفذ الفسخ لو لا يصح الخيار لبائعه اي بائع ما لم يره

بان ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فانه لا خيار له اذا رآه وكان

ابو حنيفة يقول اولا له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له ويبطله

اي خيار الرؤية وخيار الشرط تعيبه قبل الرؤية وبعدها وتصرف

لا يفسخ كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير كالبيع المطلق

بلا خيار والرهن والاجارة والهبة مع التسليم فان هذه التصرفات

يبطل قبل الرؤية وبعدها لانه لما تعلق بالمبيع حق الغير تعذر الفسخ

فيسقط الخيار وما لا يوجبه اي تصرف لا يوجبه حقا لغيره كالبيع

بخيار الشرط للبائع ومساومة بان عرضه على البيع وهبة بلا تسليم

يبطل الخيار بعدها اي بعد الرؤية لان ههنا يسقط الخيار بصريح

الرضا فيسقط بدليله ايضا وهذه التصرفات دليله فقط اي لا قبل

لا يبقى

ينفذ الفسخ لان م

الرؤية لان الخيار لا يبطل قبلها بصريح الرضا فلا يسقط ايضا
بدليله الا انه اذا تعلق به حق الغير كان مانعا من الفسخ كما ذكرنا
وان باع قبل الرؤية بشرط الخيار للمشتري عليه الخيار الشرط ثم
رده لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية ولا يعتبر رؤية كل المبيع
لتعذرها اذ البواطن والدقائق لا يرى بل يعتبر رؤية المقصود من
المبيع كوجه الامة والغلام لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية
الوجه ونظره الى عضو من الجسد لا يبطل الخيار ووجه الدابة و
كفلها وشرط بعضهم رؤية القوائم وعن محمد رح رؤية الوجه
يكفي كما في بني آدم وموضع علم الثوب المعلم فما لم ير موضع العلم
لا يسقط خياره لان المالية يتفاوت بحسبه وظاهر ثوب غيره
اي غير المعلم وعند زفر رح لا بد من نشره ورؤية كله وبيوت
من الدار مقصودة حتى لو كان في الدار بيتان شتويان و بيتان
صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار
ولا يشترط المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا
كما في سمرقند وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر ويعتبر
نظر وكيله بالشراء فرؤيته يسقط الخيار اجماعا او وكيله با
القبض حتى لو اشترى طعاما لم يره فوكل رجلا بالقبض فقبضه

الوكيل بعد ما رآه فليس للمشتري ان يرده ان رآه لا يعتبر
نظر رسوله فان ارسل رسولا بالقبض فقبضه الرسول بعد
ما رآه فللمشتري ان يرده اذا رآه وصورة التوكيل ان يقول المشتري
لغيره كن وكيلا عني بقبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا
عني بقبضه وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما الوكيل والرسول سواء
وللمشتري ان يرده اذا رآه وصح عقد الاعمى بان اشترى او باع
وقال الشافعي رح لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء ما لم يره وله الخيار
اذا اشترى ويعتبر جس الاعمى المبيع اذا كان مما يعرف بالجس
وشمه اذا كان مما يعرف بالشم وذوقه اذا كان مما يعرف
بالذوق لان هذه الاشياء يفيد العلم كما في البصر ويعتبر
وصف العقار عنده بان بلغ ما يمكن فاذا قال رضيت سقط
خياره وعن ابي يوسف رح انه يقاد الى ذلك الموضع فاذا صار بحيث
لو كان بصيرا لرآه فقال رضيت سقط خياره وقال الحسن بن
زياد وهو رواية عن ابي حنيفة رح يوكل بصيرا بقبضه وهو
ينظر اليه ومن رأى شيئا ثم اشترى بعده فله الخيار ان تغير لانه
اشترى شيئا لم يره لانه بالتغير صار شيئا آخر فلا يفيد الرؤية
السابقة واذا لم يتغير فلا خيار له وان اختلفا في التغير فقال المشتري

تغير وقال البائع لم يتغير كان القول للبائع مع يمينه في عدم تغيره
وعلى المشتري البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في
مثل تلك المدة فان بعدت المدة بان رأى امة شابة ثم اشتراها
بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري مع يمينه وان اختلفا في الرؤية فالقول للمشتري
في عدم رؤيته مع الحلف لانه ينكر امرا حادثا اهو اصلهما
وان اختلفا في الرؤية فالقول للمشتري في عدم رؤيته مع الحلف
لانه ينكر امرا حادثا في خيار العيب والمشتري به وجد
بمشتريه عيبا نقص ثمنه عند التجار رده مبتدا خبره لمشتري
او اخذه اي المبيع بكل ثمنه وليس للمشتري امساكه واخذ نقصان
العيب والاباق والبول في الفراش وسرقة صغير يعقل عيب ليس
اسرقة صغير لا يعقل فليس بعيب وكذا البول في الفراش لا يكون عيبا
في الصغير جدا والعيب في السرقة لا يختلف بين ان يكون من المولى
او غيره الا في الماكولات فان سرقة ما يوكل لاجل الاكل من المولى
لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يوكل لا لاجل
الاكل بالابيع من المولى وغيره عيب بل البيع من المولى وغيره
به عيب والاباق والبول في الفراش والسرقة من بالغ عيب
اخر معنى هذا انه اذا ظهرت من هذه العيوب عند البائع في صغيره

ثم حدث عند المشتري في صغيره فهو عيب يرد به لاتحاد السبب
واذا وجدت هذه الاشياء في صغير فباعه فوجدت عند المشتري
بعد بلوغ لم يرد لاختلاف عيب باختلاف السبب واذا وجدت
هذه الاشياء بعد البلوغ عند البائع ثم وجدت عند المشتري يرد
به لان شرط استحقاق الرد وجود العيب الواحد عند البائع و
المشتري فاما العيب الذي في يد البائع في صغيره لا يوجب الرد
للمشتري بعيب حدث في يده فالاباق والبول في الفراش والسرقة
في حال الصغر لحب اللعب وضعف المثانة وقلة التامل في العواقب
وفي الحال الكبر لخبث في الباطن وداء فيه وخبث في الطبيعة
ورغبة في المال فاختلف السبب فيختلفا العيب وجنون الصغير
عيب ابدا يعني اذا جن عند البائع في الصغير ثم جن في يد المشتري
في الصغر او في الكبر يرد لانه عين الاول لان السبب واحد وهو
افة الدماغ وقيل اذا اشترى عبدا قد جن عند البائع فله ان يرده
وان لم يجن عند المشتري والجمهور على انه لا يرده ما لم يعاوده عند
المشتري وهو الصحيح والبخر هو نتن رائحة الفم والدفر بالدال
المعجمة التحريك هو مراد الفقهاء رائحة مؤذية وهي في الابط
والزنى والتولد منه عيب فيها اي الامة لا فيه اي في العبد لان المقصود

بالامة الاستفراش وزناها وكونها ولد زنا يخل بهذا المقصود
والمقصود بالعبد الاستخدام وزناه وكونه ولد زنا لا يخل بهذا
المقصود الا ان يكون الزنا عادة له وعند الشافعي رح الزنا عيب مطلقا
كالسرقة والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر
والاستحاضة وارتفاع حيض بنت سبع عشرة سنين عيب لانهما دليل
داء في الباطن وانما يعرف هذا بقول الامة لانه لا طريق بمعرفة
ذلك الا هذا ثم استحلف البائع مع هذا ان كان بعد القبض فترد بنكوله
وان كان قبل القبض فكذلك في الصحيح وعن محمد رح يرد بلا يمين البائع
وان ظهر عيب قديم بعد ما مات العبد المشتري في يد المشتري
قبل رؤية العيب او اعتقه مجانا او دبره او استولد الامة المشتراة
رجع على البائع بالنقصان فالحاصل لا يبطل الرجوع بنقصان العيب
لان الملك ينتهي بالموت وامتناع الرد امر حكمي لا بفعل المشتري فلا
منع له واما الاعتاق مجانا فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان
وهو قول الشافعي رح لان امتناع الرد بفعله وهو الاعتاق فصار
كانه حابس له ويريد الرجوع وفي الاستحسان يرجع بنقصان
العيب لان الاعتاق انهاء للملك اي تمام له لان الملك في الادمي
ثبت على منافات الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بتقرر

لمضي مدته فشبه الموت فرجع فيه كما يرجع في الموت والتدبير
والاستيلاد كالاعتاق فان المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا
للانتقال من ملك الى ملك فقد تعذر الرد فرجع بنقصان
العيب لا يرجع بالنقصان بعد ما اعتق العبد على مال او
كاتبه ثم اطلع على عيب لانه ازال ملكه بعوض فصار كالبيع
وعن ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح انه يرجع لان البدل و
المبدل ملكه فصار كالاعتاق بلا مال او قتله لان القتل فعل
مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وانما يسقط الضمان
ههنا باعتبار الملك فصار كانه استفاد عوضا عن العبد فلا
يرجع وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكأنه
مات حتف انفه او كان المشتري طعاما واكل بعضه ثم اطلع على
عيب لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي لان الطعام في
الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع
البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يرجع بنقصان العيب في الكل
وعندهما انه يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما اكل او اكل
كله لانه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع عنده
بنقصان العيب لملازمة العوض له وعندهما يرجع او كان المشتري

ثوبا ولبس فتخرق لم يرجع كما ذكرنا انه تعذر الرد بفعل مضمون وعندهما
يرجع وان ظهر عيب قديم بعد ما حدث عند المشتري عيب اخر كما
اذا اشترى ثوبا فقطعه ولم يخط فوجد به عيب حادثا فرجع به اي
نقصان عيب لامتناع رده بسبب قطع لكونه عيب حادثا الا ان يا خذه
البايع ويقبله كذلك اي معيبا لان الرد امتنع بحق البايع وقد رضي
به فزال المانع وهذا ما اختلط المبيع بملك المشتري فان اختلط
بان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او اصفر او لت السويق به
بسمن ثم اطلع على عيب فانه لا ياخذه البايع ورجع المشتري بنقصان
العيب لاختلاط المبيع بملك المشتري وهو الخيط والصبغ والسمن فيمتنع الرد
لحق الشرع للزيادة الحادثة اذ هو في معنى الربوا وحرمة الربوا حق
الشرع فلا يرجع المشتري على البايع بنقصان العيب ان باع ما
اختلط بملك قبله اي قبل ظهور العيب ورويته لان المشتري حبس
المبيع عن البايع بالبيع لا بعده يعني يرجع المشتري على البايع ان
باعه بعد ظهور العيب ورويته لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة
الحادثة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حابسا للمبيع
والاحسن في العبارة فيرجع ان باعه بعده لا قبله والاصل ان في
كل موضع لو كان المبيع قايما على الملك المشتري يمكنه رده برضا البايع

فاذا باعه

فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع
صار ممسكا المبيع معنى فكان المبيع في يده وهو يريد ان يرجع بنقصان
العيب ثمه ليس له ذلك فكذا اذا باعه وفي كل موضع لو كان المبيع
قائما على ملكه لا يمكنه رده وان رضي البايع به فاذا اخرجه عن ملكه
يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر المشتري
ممسكا للمبيع ببيعه هكذا ذكروا وعلى هذا الاصل ان يرجع المشتري
على البايع ان باع المشتري اختلط بملكه قبل ظهور العيب ورويته
لان المبيع لو كان قائما على ملك المشتري لا يمكنه رده وان رضي البايع
به لان المبيع اختلط بملك المشتري فيمتنع الرد لحق الشرع للزيادة
الحادثة فينبغي ان يرجع بالنقصان وبعد كسر الجوز اي من اشترى
جوزا ونحوه كالبيض والبطيخ والقثاء والخيار وكسرها فوجدها
فاسدا رجع بالنقصان اي بنقصان العيب في المنتفع به كان ينتفع
به كالانسان او الحيوان مع فساده ولا يرده لتعذره بالكسر لانه عيب
حادث وقال الشافعي يرده اذا كسره مقدار ما لا بد منه العلم بالعيب
ورجع بالكل اي بكل الثمن في غيره اي غير المنتفع به اصلا بحيث
لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف كالقرع اذا وجد مرا والبيضة
اذا كانت مدرة هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول

شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشيء واذا اشتري عبدا فجاء
بالعبد الي البائع ادعي الاباق يسال القاضي البائع به هذا العيب
ام لا فان اقر يثبت العيب في حق سماع الدعوي وان انكر اثبت
اولا انه ابق عنده اي عند المشتري بالبينة او نكول البائع علي العلم
اي يحلف البائع علي العلم انه ابق عند المشتري وهذا قولهما و
اختلف المشائخ علي قول ابي حنيفة رح فقيل يحلف عنده ايضا وقيل لا
يحلف عنده هو الصحيح لان التحليف شرع لرفع خصومة متحققة
لا لانشائها ولو حلف البائع ههنا لا ينقطع بينهما بل يتحقق خصومة
اخري فانه متي نكل عن اليمين يتحقق العيب للحال فيتحقق بينهما
خصومة اخري ان هذا العيب هل كان عند البائع ويحتاج الي
استحلاف البائع مرة اخري ثم برهن المشتري اي اقام البينة انه
ابق عند البائع او حلف انه باعه وسلمه وما ابق قط وحلف بالله
ماله حق الرد عليك بهذه الدعوي وانما يحلفه علي الثبات لانه يحلفه
علي فعل نفسه ولا يحلفه بالله فقد باعه وما به هذا العيب لانه ترك
النظر للمشتري ايضا لانه ان ابق بعد البيع قبل التسليم لا يحنث لانه
حينئذ يتعلق الحنث لقيام العيب في الحالين والمعلق بالشرطين
لا ينزل الا عند وجودهما ولا ثمن علي المشتري اذا ادعي العيب حتي

يتبين عدمه بحلف البائع او غير ذلك لان المشتري انكر وجوب
دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوي العيب لانه حقه في
التسليم ومداواة المعيب وركوبه في حاجته رضا الاصل ان
المشتري اذا تصرف في المبيع بعد ما علم بالعيب تصرف الملاك
بطل حقه في الرد لانه دليل الرضا بالعيب لا يكون ركوبه لرده
او سقيه او شراء علفه والحال انه لابد له منه رضا لانه يحتاج
في رده في سوقه وربما لا ينقاد له ما لم يركبه وكذا في السقي و
شراء العلف ولو اختلفا فقال البائع ركبته لحاجتك وقال المشتري
بل لارده عليك فالقول قول المشتري ولو شري عبدين صفقة
واحدة الصفقة ضرب اليد علي اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد
ووجد باحدهما عيبا رده خاصة ان قبضهما جميعا قبل هذا
في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن
كزوجي الخف ومصراع الباب فانه يردهما او يمسكهما وقال زفر
له رد احدهما والا اي وان لم يقبضهما سواء لم يقبض واحدا منهما
او قبض احدهما وسواء وجد بغير المقبوض عيبا او بالاخر
اخذهما جميعا او ردهما وعن ابي يوسف رح انه اذا وجد بالمقبوض
عيبا رده خاصة والاول هو الصحيح وانما جاز رد احدهما بعد

قبضهما لان الصفقة تمت بقبضه لان العيب لا يمنع تمام الصفقة
وتفريق الصفقة بعد التمام جائز بخلاف ما قبل القبض فان الصفقة
لا يتم مع عدم القبض لان القبض شبيها بالعقد فانه يثبت ملك
التصرف واليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة فالتفريق في القبض كا
التفريق في العقد كما اذا اوجب البائع وقبل المشتري احدهما كما في
الكيلي كالحنطة والوزني كالذهب يعني لو كان المبيع كيليا او وزنيا
من نوع واحد ووجد ببعضه عيبا رد كله او واخذه وليس له
ان يرد المعيب خاصة وان قبض اما قبل القبض فظاهر لانه فيه
تفريق على البائع قبل التمام وكذا بعد القبض لان المكيل والموزون
كشيء واحد ولو كان شيء واحد حقيقة بصفقة ووجد ببعضه
عيب بعد القبض لا يرد المعيب فقط بخلاف العبدين فكل واحد منهما
مال الانفراد وقيل هذا اذا كان المكيل والموزون في وعاء واحد
اما اذا كان في وعائين فهو كعبدين حتى يرد الوعاء المعيب دون
الاخر ولو استحق البعض من الكيلي والوزني لم يرد الباقي لان الشركة
في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان البعض لا يضرهما والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقدين وهذا بعد القبض
اما لو استحق البعض قبل القبض فللمشتري حق الفسخ في الباقي لتفريق

الصفقة قبل التمام بخلاف ما اذا استحق بعض الثوب فان له
الخيار في رد الباقي اذ القبض فيه عيب بضره وصح ان برئ البائع
عند البيع من كل عيب وان لم يسم العيوب وان لم يعدها فليس
للمشتري ان يرد بعيب وقال الشافعي لا يصح البراءة من كل عيب
ما لم يسم فيقول عن عيب كذا وكذا وفي الجواز البيع بهذا الشرط
له قولان وعند زفر لا يصح البيع ويبطل الشرط ثم يدخل في هذه البراءة
العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يدخل الحادث
في البيع الباطل والفاسد والمكروه فالصحيح ما كان مشروعا
باصله ووصفه والفاسد ما كان مشروعا باصله لا وصفه والمكروه
ما كان مشروعا باصله ووصفه لكن جاوز شيء اخر منهي عنه
وقد يجعل الفاسد اعم من الباطل فكل باطل فاسد ولا ينعكس
بطل بيع ما ليس بمال كالدم والميتة والحر وابتاعه اي المكاتب
والمدبر وام الولد فان هذه الاشيا لا يعد مالا عند احد ممن له
دين سماوي ومن ليس له دين سماوي فهو بمنزلة الجهال
وهذا لان صفة المالية بتمول كل الناس او بتمول البعض كما مر
وكل ما ليس بمال فالبيع فيه باطل سواء جعل مبيعا او ثمنا قال

التبعيض

الشافعي رح يجوز بيع المدبر وبطل بيع مال غير متقوم كالخمر
والخنزير بالثمن اي الدراهم والدنانير والتقوم يثبت باباحة
الانتفاع شرعا فقد يثبت صفة التقوم بدون المالية فان حبة
من الحنطة ليست بمال لعدم تمول الناس اياه حتى لا يصح بيعها
وان ابيح الانتفاع بها شرعا وبطل بيع قن القن من العبيد
الذي ملك وهو ابوه وعن ابي الاعرابي عبد قن اي خالص
العبودية وعلى هذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون به خلاف
المدبر والمكاتب ضم الى حر وبيع ذكية اي مذبوحة ضمت الى
ميتة وان سمي ثمن كل منها وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
ان سمي لكل واحد صح في القن والذكية وصح البيع في قن ضم
الى مدبر او مكاتب وام ولد او قن غيره بحصة لان هؤلاء
محل للبيع في الملك الجملة فبطلانه لا يسري الى الغير كملك ضم
الى وقف فانه صح البيع في الملك بحصة وقال زفر رح لا يصح البيع
في القن والملك وفسد بيع العروض بالخمر والخنزير وعكسه
فالبيع فان العرض فاسد حتى يملك وتجب قيمته عند القبض
لكن في الخمر والخنزير باطل حتى لا يملك عينها ولا يجوز بيع
المباحات كسمك في الماء وطير في الهواء وحطب في الصحراء قبل

ان يملك وينبغي ان يكون هذا البيع باطلا سواء كان بالدراهم
والدنانير او بالعرض لان المباحات قبل الاحراز ليست بمال
لان المال ما يجري فيه المقايضة والابتذال والظاهر انها ما دامت
مباحات ليست كذلك ولا يجوز بيع ما لا قدرة على تسليمه الا
بحيلة وان كان مالا مملوكا كالعبد الابق اذا كان عند غير المشتري
وكالطير اذا اخذه ثم ارسله في الهواء وكالسمك اذا صيد و
القي في حظيرة لا يوخذ الا بحيلة لانه غير مقدور التسليم ولو
كان يوخذ بغير اصطياد وحيلة جاز ولو اجتمعت في الحظيرة
لا باصطياده لم يصح بيعها امكن اخذها بلا اصطياد او لم يمكن
لانه غير مالك لها وان سد موضع دخول الماء بغير الحال الا
يستطعن الخروج عنها لا يصح البيع عند بعض المشايخ لانه لم يملكها
لان هذه القدر ليس باحراز وقيل يصح البيع اذا امكن الاخذ بغير
اصطياد لانه لما فعل صار اخذ الهون حكما فصرن ملكا له كما لو وقع
شيء في شبكته وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيأ الحظيرة لاصطياد
لها اما اذا هيأها يملكها بلا خلاف وهذا البيع ينبغي ان يكون
فاسدا لانه باع ملكه لكنه غير مقدور التسليم فصار كبيع
الآبق ولا قدرة على تسليمه الا بضرر كالجذع في السقف والذراع

بابار در بالا روانه

من ثوب يضره القطع دكراد قنعه لانه يمكن التسليم الا بضرر واما اذا كان الثوب لا يضره القطع كالكرباس يجوز بيع ذراع منه وهذا البيع فاسد ولو اخرج البائع الجذع او قطع الذراع من الثوب قبل فسخ المشتري العقد انقلب صحيحا لزوال المانع من الصحة ولا بيع ما فيه غرر هو ما انطوت عنك معيبة وخفيت عليك عاقبته كحمل هو ما كان في البطن ونتاج وهو ما يحمله هذا الحمل وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذلك ولبن ذي ضرع فانه لا يدري ان ما في الضرع لبن او ريح وهذا البيع باطل ولا يجوز بيع ما يقضي جهالته الى المنازعة كالصوف على ظهر الغنم لانه تقع التنازع في موضع القطع وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع الصوف وبيع المزابنة وهي بيع ثمر مجذوذ اي مقطوع بمثله على النخل خرصا اي حزرا والمزابنة من الزبن وهو الدفع فان هذا البيع يؤدي الى النزاع والدفاع وهذا البيع فاسد بشبهة الربوا والملامسة والقاء الحجر والمنابذة هذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشتري او وضع عليها حصاة او نبذها اليه البائع لزم البيع فالاول

بيع الملامسة والثاني بيع القاء الحجر والثالث المنابذة وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن هذه البيوع وينعقد البيع متعلقا باحد هذه الافعال فيكون فاسدا لانه كالقمار ولا بيع المراعي لم يرد بها رقاب المراعي لان بيع رقبة الارض جائز اذا كانت مملوكا له وانما المراد ما يجوز به المراعي من الكلاء اطلاقا لاسم المحل على الحال اما عدم جواز البيع فلانه ورد على ما ليس بمملوك للبائع او بمجرد النباتات الكلاء في ارضه لا ينقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فبقي على الاصل الاباحة لم يوجد الاحراز فان رب الارض لا يكون محرزا له يكون في ارض وينبغي ان يكون هذا البيع فاسدا واما ان نبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا بانباته ولا اجارتها لانها اجارة على استهلاك العين ولو وردت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح لان محل الاجارة المنافع دون الاعيان فاذا وردت على استهلاك عين مباحة فاولى ان لا يجوز ولا بيع النحل ينبغي ان يكون هذا البيع فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وابو يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يجوز اذا كان محرزا مجموعا الا مع الكورات هي معسل النحل اذا سوي من طين حتى لو باع كوارة

فيها سن النحل جاز ولا يجوز بيع اجزاء الادمي كشعره ولبن امراة
ولو في قدح حرة كانت او امة وقال الشافعي رحمه الله يجوز حرة كانت او امة
وقال ابو يوسف رحمه الله ان كانت امة يجوز وان كانت حرة لا يجوز وصب
اللبن في عين رمدة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم
انه يزول به الرمد واجزاء الخنزير كشعره وهذا البيع باطل وجلد
الميتة قبل دبغه بحرمة الانتفاع به بقوله عليه السلام لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ وهذا البيع باطل وبعد
الدباغ يباع وينتفع به لطهارتها بالدباغ ودود القز وبيضه
وهذا البيع باطل خلافا لهما لكن عند ابي يوسف لم يجوز بيع الدود
اذا ظهر فيه القز والا واضطرب قوله في بيضه وعند محمد رحمه الله يجوز بيعها
كيف ما كان وعليه الفتوى باعتبار العادة ولا يجوز بيع العلو بعد سقوطه
اي اذا كان علو لرجل وسفل لاخر فسقط او سقط العلو وبقي السفل فباع
صاحب العلو علوه بطل البيع اذ بعد السقوط لم يبق الا حق التعلي وهو ليس
بمال وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل
التسليم وبيع شخص على زعم انه امة وهو عبد او على زعم انه عبد وهو
امة وهذا البيع باطل خلافا لزفر رحمه الله ولو اشترى بهيمة على زعم انه ذكر
فاذا هي انثى صح البيع وللمشتري الخيار والاصل ان الذكر والانثى من بني

آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد والمعاني
المطلوبة فالمنتفع من العبيد الاستخدام خارج البيت ومن الاماء
الاستخدام داخلها كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد
واما من الحيوانات جنس واحد لتقارب المقاصد والمعاني
المطلوبة فالمنتفع من الاكل اللحم والركوب او الحمل ومتى اجتمعت
الاشارة والتسمية في العقد فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين
مختلفين تعلق العقد بالمسمى وبطل لعدمه كما اذا اشترى فصا
انه ياقوت فاذا هو زجاج وان كان المشار اليه من جنس المسمى ولكنه
فارقه لوصفه تعلق العقد بالمشار اليه وانعقد لوجوده وخير
المشتري لفوات الوصف كشراء عبد على انه خباز فاذا هو كاتب ولا
يجوز شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد ثمنه الاول حتى لو اشترى
امة بالف درهم حالة او نسيئة وقبضها ثم باعها من البائع بخمس
مائة قبل نقد الثمن فسد البيع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو اشترى
بمثل الثمن الاول او اكثر جاز وذلك لان الثمن قبل القبض لا يدخل
في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرجت
عن ملكه ويقابل خمسمائة بخمسمائة تقاصا سلم للبائع خمسمائة
مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها

من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني والثمن الاول لم يدخل في
ضمان البائع بخلاف ما اذا اشتري بمثل الاول او اكثر لان الربح
ثمه حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وشراء ما باع مع شي
لم يبعه بثمنه الاول فيما باع وصح فيما لم يبعه حتي لو اشتري
امة بخمسمائة وقبضها ثم باعها اخري معها من البائع قبل
نقد الثمن بخمس مائة صح الشراء في التي لم يشترها من البائع وفسد
في الاخري لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة امة لم يشترها منه
فكان مشتريا الاخري باقل مما باع ضرورة وهو فاسد عندنا ولم
يجز بيع زيت علي ان يوزن بظرفه ويطرح للظرف كذا رطلا ن
لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه
مكان كل ظرف كذا رطلا وجاز ان يكون انقص او اكثر وكان
شرطا مخالفا لمقتضي العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد
العقد بخلاف شرط طرح مقدار وزن الظرف فانه يجوز البيع
لان هذا الشرط موافق مقتضى العقد ولا يجوز البيع بشرط لا
يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما اي العاقدين او نفع لمبيع
يستحق النفع اي يكون المبيع اهلا لاستحقاق النفع بان يكون ادميا
حتي لو كان النفع المبيع لا يستحق النفع كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لا يكون

هذا شرط مفسد وحاصل المذهب ان كل شرط يقتضيه
العقد اي يجب العقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في البيع
او شرط تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه يثبت بمطلق العقد
فلا يزيده الشرط الا تاكيدا او كل شرط لا يقتضيه العقد الا انه
يلائم المبيع اي يؤكد موجبه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري
بالثمن رهنا وكفيلا وهو معلوم بالاشارة والتسمية لا يفسد
العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة تاكيد الجانب الاستيفاء
واستيفاء الثمن موجب العقد مما يؤكده يلائم العقد فلا يفسده
فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل
يفضي الي النزاع فالمشتري يعطيه رهنا وكفيلا والبائع
يطالبه باخر وكل شرط لا يلائم العقد ان الشرع ورد بجوازه كخيار
الشرط والاجل او لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل ان
يحذوه البائع او الشراك له لا يفسده ايضا استحسانا للتعامل وهو
حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه
ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد العاقدين
كبيع عبد او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كما ذكرنا
يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه

ان الابتذال له الايدي وان لم يكن فيه منفعة لاحد كشرا دابة
او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد به البيع وقال الشافعي رحمه الله انه يجوز
البيع بشرط الاعتاق وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز البيع
بثمن موجل الى اجل جهل كالنيروز والمهرجان وصوم النصارى
وفطر اليهود ان لم يدرك العاقد ان ذلك لاجل مجهول لان
جهالة يؤدي الى المنازعة اذ البيع مبنية على المماكسة والمغابنة
حتى لو كان ذلك معلوما للعاقدين صح لان المانع الجهالة وهي لم
يوجد وكذا التاجيل له لقدوم الحاج والحصاد والدياسة و
القطاف والجزاز للجهالة لانها يتقدم ويتاخر وصح البيع ان سقط
الاجل قبل الحلول خلافا للشافعي رحمه الله اعلم ان القوم قد جمعوا هذه
المسائل وصرحوا بعدم جواز البيع فيها ولم يبينوا ان هذا البيع
فيها باطل او فاسد ولكن ذكرنا في اثناء المسائل تصريحا واشارة
الى التفصيل فلا ينبغي لك ان لا ينتبه لما هو حق فان قبض المشتري
شروع في بيان احكام البيع الفاسد واما البيع الباطل فلا يفيد
حكما اصلا ويكون المقبوض فيه امانة عند القابض لان العقد
اذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وذا لا يوجب الضمان وقيل

يكون مضمونا لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء قيل الاول قول
ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما المبيع بيعا فاسدا برضاء بائعه
صريحا بان اذنه بالقبض او دلالة كقبضه في مجلس عقده
والبائع لا ينهاه فان المبيع سلطه منه على القبض فاذا قبضه بحضرته
قبل الافتراق عن المجلس ولم ينهه صح استحسانا فصحيح وان قبضه
بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه ولا يملكه وكل من عوضيه
مال احتراز عن المبيع الباطل وانما ذكره مع التقييد بقوله بيعا
فاسدا لان الفاسد قد يطلق على الباطل كما ذكرنا ملكه جواب
بقوله فان قبض وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبض باذنه صريحا
واذا اهلك في يد المشتري لزمه مثله حقيقة اي صورة ومعنى
في ذوات المثل كل بر وشعير لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل
معنى فقط او معنى كالقيمة فهي مثل من حيث المالية كما في ذوات
القيم مثل الحيوانات ويعتبر قيمته يوم القبض وقال محمد رحمه الله قيمته
يوم اتلفه فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول
فلمن له منفعة الشرط فسخه دون من عليه قبل هذا قول
محمد رحمه الله واما عندهما فلكل واحد من العاقدين حق الفسخ لحق
الشرع لا لحق المتبايعين فانهما رضيا بالعقد وكلا اي وان

لم يكن الفساد بشرط زايد بل يكون الفساد في صلب العقد كبيع درهم
بدرهمين فلكل منهما حق الفسخ بمحضر من الاخر فان اخرج المبيع عن
ملك المشتري بان باعه او وهبه وسلمه او اعتقه او بنى فيه
دارا او مسجدا فلا فسخ وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد والفسخ
لحق الشرع وحقه اذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد لان الله
تعالى اغنى والعفو اليه ارجى لافتقادنا الى حق الشرع وطاب للبايع
ربح ثمنه بعد التقابض لو اشترى امة مثلا شراء فاسدا بالف درهم
وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض طاب للبايع ما ربح من الثمن
ولا يطيب للمشتري ربح مبيعه اي الامة فيتصدق به ايجابا الربح و
اصله ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد
في الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود
فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع والغاصب اذا
تصرف في العرض والنقد وربح تصدق بالربح عند ابي حنيفة
ومحمد لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة
الخبث وفيما لا يتعين شبهة الخبث لتعلق الحق به من حيث
سلامة المبيع به او تقدير الثمن به وصار ملك الغير وسيلة الى
الربح من وجه فيتمكن شبهة الخبث اما الخبث لفساد الملك

كما في الشراء الفاسد فيعمل فيما يتعين كالعروض مثلا لا فيما لا
يتعين كالدراهم والدنانير لان فساد الملك دون عدم الملك لان
في فساد الملك شبهة عدم الملك والشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمة
فان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن الربوا والريبة واما الدراهم والدنانير
فغير متعينة في العقد ولو كانت متعينة كانت شبهة الخبث
بسبب الفساد فعند عدم التعين يكون في تعلق العقد بها شبهة
فيكون شبهة الشبهة ولا اعتبار لها وكره النجش وهو بفتحتين
وروي بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها ولا يريد
شراءها ترغيبا للغير في الثمن الزايد قال عليه السلام لا تناجشوا
والسوم على سوم غيره هو ان يزيد في الثمن بعد تقرره لارادة الشراء
قال النبي صلى الله عليه واله وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه وهذا
اذا تراضيا بثمن فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن احدهما الى صاحبه
فلا باس للغير ان يساومه ويشتريه لان هذا بيع من يزيد وكره
تلقي الجلب المضر باهل البلد الجلب جمع الجالب كالخدم جمع الخادم
او بمعنى المجلوب وهو اذا قرب من بلد يتعلق به حق العامة فيكره
ان يستقبل البعض ويشتريه ويمنع العامة عن شرائه لما فيه من
تضييق الامر على الحاضرين فان كان لا يضر باهل البلد فلا باس به الا ان

لبس السعر على الواردين واشترى بارخص الثمنين فحينئذ يكره لما فيه
من تعمية الاسعار على الواردين والاضرار بهم وبيع الحاضر للبادي
زمان القحط قيل صورته ان الرجل اذا كان له طعام وعلف واهل
المصر في قحط وهو لا يبيعهما منهم لكن يبيعهما من اهل البادية
رغبة في الثمن الغالي واهل المصر يتضررون بذلك فيكره لانه
اضرار باهل المصر وقيل صورته ان يجيء البادي بالطعام الى المصر
مصر فيشتريه كل الحاضر عن البادي ويبيع الطعام ويغالي السعر
على الناس فانه منهي عنه لانه لو ترك البائع بنفسه ورخص في
السعر والبيع وقت النداء الاول الذي يتم للجمعة والمعتبر الاذان بعد
الزوال وكره تفريق صغير عن ذي رحم محرم منه لا الكبيرين
والزوجين والاصل فيه ان من ملك مملوكين واحدهما
صغير او كانا صغيرين واحدهما ذو رحم محرم من الاخر لم
يفرق بينهما لقوله عليه الصلوة واله وسلم من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين اخيه يوم القيمة لان الصغير يستانس
بالصغير وبالكبير والكبير يشفق على الصغير ففي التفريق بينهما
ايحاش وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في
غيرها ولا يكره بيع من يزيد لورود الاثر فيه ولان حاجة الفقراء

ساسة الى هذا البيع الاقالة في اللغة الرفع وفي الشرع
رفع البيع السابق قال ابو حنيفة رح الاقالة فسخ في حق العاقدين
وفائدة كونها فسخا في حقهما لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالمبيع ولو كانت بيعا في حقهما لبطلت بالشروط الفاسدة
كالبيع فتبطل الاقالة بعد ولادة المبيعة لانه لا يمكن جعلها فسخا
اذ الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد رفع ما كان ثابتا ورفع
ما كان زائدا على ما كان محال بيع جديد في حق ثالث وفائدة
ذلك ان المبيع اذا كان عقارا مما يجب فيه الشفعة في اصل البيع
ثم تقايلا المبيع الى ملك البائع وطلب الشفيع الشفعة في الاقالة
فتجب بها الشفعة لانها بمنزلة البيع في حق ثالث وهو الشفيع وقال
ابو يوسف رح الاقالة بيع جديد الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كان
المبيع منقولا ولم يقبضه المشتري او تقايلا في بيع العرض بالعرض
بعد هلاك احدهما فيجعل فسخا الا ان يكون لا يمكن جعلها بيعا
وفسخا بان باع العرض بالدراهم وتقايلا بعد هلاك العرض او
تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن فتبطل لان
بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول
قال محمد رح الاقالة فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا فيجعل بيعا

لا الا الفسخ

لا يمكن جعلها فسخا وبيعا فتبطل وصحت بمثل الثمن الاول وان
شرط غير جنسه او الاكثر منه اي اذا تقايلا على جنس الثمن الاول او
اكثر منه فعند ابي حنيفة رح يجب الثمن الاول لان الاقالة فسخ عنده
والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول فذلك شرط فاسد والاقالة لا تفسد
به وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا اذ البيع اصل عند ابي يوسف رح
وعند محمد رح جعلها بيعا ممكن فاذا زاد فقد قصد البيع فيجعل بيعا
وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح يكون بيعا لانه الاصل عنده وعند
محمد رح فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول فهو
بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويلغو ذكر جنس اخر وعندهما يكون
بيعا اما عند ابي يوسف رح فلانه اصل واما عند محمد فيجعله بيعا وكذا يجب
الثمن الاول عنده اذا تقايلا على الاقل منه الا اذا تعيب المبيع فحينئذ يجب
الاقل والمحطوط بازاء العيب فانه لما احتبس عند المشتري بعض المبيع لا بد
ان يحتبس عند البائع بعض الثمن ولم يمنعها هلاك الثمن بل هلاك
المبيع لان شرط الاقالة قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع
محل اضافة العقد بخلاف الثمن فانه يثبت له حكم الوجوب في الذمة
بسبب العقد وما يكون وجوده بسبب العقد كان حكم العقد وحكم العقد
لا يكون محل العقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشيء يسبقه

نعم

يعقبه وبينهما تناف — في التولية والمرابحة البياعات
بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي
التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو البيع بانقص
من الثمن الاول ومنها المرابحة والتولية وقولنا بحسب الثمن الذي
يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف التولية في اللغة ان يجعل شخص
واليا وفي الشرع ان يشترط في البيع انه بما اشتراه من الثمن السابق بلا زيادة
ربح والمرابحة به اي بما اشتراه من الثمن السابق مع فضل ربح معلوم
وشرطهما شراؤه او لا بمثلي كالمكيلات والموزونات فان فائدة
هذين البيعين ان الغبي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي
فيطيب نفسه بمثل ما اشترى او بزيادة ربح لئلا يغبن وهذا المعنى انما
يظهر في ذوات الامثال لان القيمة في ذوات القيم مجهولة تعرف بالظن
والحزر فلا يطيب نفس المشتري وله اجرة ضم القصار والحمل ونحوهما
كالصبغ والنقل والطراز وسوق الغنم لان عرف التجار جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال ولا يعدون ذلك خيانة ويقول لا يقول
اشتريته بكذا لئلا يكون كاذبا بل يقول قام علي بكذا فان ظهر للمشتري
خيانة من البائع في مرابحة فهو بالخيار ان شاء اخذ بثمنه الذي ذكر
الخاين او رده وعلى الخاين سمنه وفي التولية حط قدر الخيانة من الثمن

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يحط من ثمنه قدر الخيانة
وفيهما وعند محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد انهما بالشرا انعقدا باختيارهما
بثمن سمياه فينعقد بجميع الثمن وذكر المرابحة والتولية للترويج و
الترغيب مجرى مجرى الوصف فاذا ظهر الخيانة فات الوصف المرغوب
في الثمن فيتخير ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل هو لفظ المرابحة والتولية
ولهذا ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريت او ابيعك مرابحة
على ما اشتريت اذا كان معلوما وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا
بد من بناء العقد الثاني في حق الثمن على الاول وقدر الخيانة لم
يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط
ضرورة غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي
المرابحة منه ومن الربح بثمانية حتى لو ابتاع ثوبا بعشرة على ربح
خمسة فظهر ان البائع اشترى بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل
وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فياخذ الثوب
باثني عشر درهما ولابي حنيفة رحمه الله في الفرق بينهما ان التولية بناء
على العقد الاول من كل وجه ولو لم يحط لم تبق تولية لانه يزيد على
الثمن الاول فيصير التصرف مرابحة فيتغير ولو لم يحط في المرابحة وثبت جميع المسمى
لبقي مرابحة لان الربح فيها اكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف

فاذا امكن

فاذا امكن تقرير المرابحة مع اعتبار التسمية اعتبرناهما واثبتنا
الخيار لفوات الرضا

فصل

الربوا في اللغة الفضل يقال هذا
ربوا على ذاك اي يفضل ويسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر
الاماكن وفي الشرع فضل مال حقيقة او حكما كما في ربوا النسيئة مثل
بيع الدراهم بالدراهم متساوية نسيئة خال عن عوض شرط لاحد
المتعاقدين في المعاوضة فلو لم يكن الفضل خاليا عن العوض لا
يكون ربوا كبيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني
فضلا لكن غير خال عن العوض فانه يصرف الجنس الى خلاف
الجنس ولو شرط الفضل لغير المتعاقدين لا يكون ربوا وكذا
لو كان الفضل الخالي عن العوض في غير المعاوضة لا يكون ربوا
كالفضل في الهبة والعلة اي علة حرمة الفضل ووجوب المساواة
القدر هو عبارة عن التساوي في الصورة فيثبت به عن المماثلة
معنى وهو اي الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات مع
الجنس هو عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى
فالمماثلة صورة ومعنى علة حرمة الفضل والاصل فيه قوله عليه
الصلوة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل والفضل ربوا فقد

اباحة البيع في هذه الاموال اصل كما في سائر الاموال والفساد يعارض
عدم المساواة لوجود الفضل الخالي عن العوض فالحديث اوجب المساواة
وانما يتصور وجوبها في محل يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس
باعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة ويحرم الفضل وعند الشافعي
حرمة البيع في هذه الاموال اصل والجنسة شرط والجواز بعارض المساواة
والعلة الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان وعند مالك رح
العلة الاقتيات والادخار وكلما نص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
على الحرمة التفاضل فيه كيلا مثل البر والشعير والتمر والملح فهو كيلي
ابدا وان اعتاد الناس بيعه وزنا وكل ما نص على تحريم التفاضل
فيه وزنا مثل الذهب والفضة فهو وزني ابدا وما لم ينص عليه مثل
غيرها اي غير المذكورات فمحمول على العرف وعادات الناس فان
تعارفوا منه الوزن فهو موزون وان تعارفوا فيه الكيل والوزن
فهو مكيل وموزون وعن ابي يوسف رح ان المعتبر في كل الاشياء هو العرف
وان كان على خلاف المنصوص عليه فعلى هذا لو باع البر بجنسه متساويا
وزنا او الذهب بجنسه متساويا كيلا لم يجز عندهما وان تعارفوا
ذلك خلافا له فان وجد الوصفان اي القدر والجنس حرم
الفضل لوجود علة الحرمة كقفيز بر من بر بقفيزين منه وحرم

النساء ايضا وان كان مع التساوي كقفيز بر بمثله احدهما او كلاهما
نسية وان عدما اي الوصف حلا اي الفضل والنساء لعدم العلة فيجوز
بيع المكيل بالموزون بالتفاضل والنساء وهو ظاهر وان وجد احدهما
فقط وعدم الاخر حرم النساء فقط مثل ان يسلم ثوبا هرويا في هروي
سواء كان الثوبان متساويين في الذرع او احدهما ازيد وان احد
جزاي العلة وهو الجنسية موجود ههنا الا الجزء الاخر وهو الكيل
والوزن او يسلم حنطة في شعير سواء كانا متساويين في الوزن او احدهما
ازيد فان جزء العلة وهو الكيل ههنا موجود دون الاخر وهو الجنسية
ولا يحرم الفضل في الصورتين كما اذا باع خمسة اذرع من الثوب
الهروي بستة اذرع منه يدا بيد فحرمة ربو الفضل يتعلق بالوصفين
وهذا ظاهر واما حرمة النساء فباحدهما وذلك لان جزء العلة
وان كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة نظرا الى انه مال الربوا
من وجه لوجود المسوي بينهما من وجه اما ذاتا بالقدر
او معنى بالجنس والنقد خير من النسية فيتحقق شبهة الربوا
والشبهة في الربوا ملحقة بالحقيقة فان قيل ينبغي ان يثبت حرمة
الفضل باحد الوصفين كما يثبت حرمة النساء وحينئذ لا يجوز بيع
قفيز حنطة بقفيزي شعير مثلا يدا بيد قلنا حرمة ربوا الفضل

اقوي من حرمة ربوا النساء لان حقيقة الفضل اقوي من شبهة
واحد الوصفين جزء العلة وله شبهة العلة ويمكن ان يثبت شبهة
بشبهة المعلول كما يثبت بحقيقة العلة حقيقة المعلول ولكن لا
يمكن ان يثبت بشبهة العلة ما هو اقوي وهو حقيقة المعلول
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء ولا يجوز بيع الكيلي كا
الحنطة بمثله الا متساويا كيلا فلم يجز بيع الحنطة بالحنطة
متساويا وزنا وكذا لا يجوز بيع الوزني بمثله الا متساويا وزنا
فلم يجز بيع الذهب بمثله متساويا كيلا لان الحنطة مكيلة فشرط
جوازه المساواة كيلا والذهب موزون فشرط جوازه المساواة
وزنا بالعكس لا يعرف المساواة فيما هو المعيار فيه شرعا فلم يجز كما
لو باع مجازفة والجيد مما يجري فيه الربوا والردي منه سوا
حتى لا يصح بيع الجيد بالردي الا مثلا بمثل فلو باع قفيز من حنطة
جيدة بقفيزين رديين لا يجوز لان وصف الجودة غير معتبرة
شرعا وجاز بيع حفنة هي ملاء الكف بحفنتين وكذا جاز بيع التفاحة
بالتفاحتين لعدم القدر الا انه يعرف بالمعيار ولم يوجد فلم
يتحقق الفضل المحرم اذ المراد به الفضل على القدر وعند الشافعي
لا يجوز بيع المطعومات حفنة بحفنتين واذا كان كل واحد من البدلين

لا يدخل تحت صاع فهو في حكم الحفنة اذ لا تقدير في الشرع بما دونه
بخلاف نصف الصاع لورود التقدير به شرعا في صدقة الفطر وغيرها
فادني ما فيه الربوا في المكيلات نصف صاع وذا مساواة اما اذا كان
احد البدلين لا يبلغ حد نصف صاع والاخر يبلغ حد نصف صاع
او اكثر فبيع احدهما بالاخر لا يجوز حتي لو باع حفنة بقفيز لا يجوز
وجاز بيع فلس بفلسين باعيانهما اي يكون كل من البدلين معينا
ولا يكون احدهما نسية وقال محمد رح لا يجوز كما لو باع الدرهم بدرهمين
لان الفلوس الرائجة ثمن كالدراهم ولهما انه باع عينا عينا
بعينين عدديين فيجوز كالجوزة بالجوزتين وثمنية الدراهم
بالخلقة واما ثمنية الفلوس فبالاصطلاح فقد بطل ابطل
العاقدان ثمنيتهما قصدا لتصحيح العقد فان قيل اذا خرج في
من ان يكون ثمنا فيعود وزنيا لان هذا بيع قطعة صغر بقطعتين
صغر فهو فاسد فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح العقد
قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعدد العاقدان
اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فهي وما اعرضا عن اعتبار صفة
العد فيها واتفقا على بقائها عددية وما تصحيحا العقد هما ولو لم
يعينا بان كان بغير اعيانهما او كان احدهما غير عين لا يجوز البيع

وجاز بيع اللحم بالحيوان لانه يقع موزون بغير موزون فيجوز
كيف ما كان وقال محمد والشافعي رحمهما الله اذا باعه بلحم من جنسه بان
باع شاة بلحم شاة لا يجوز الا ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي
في الشاة قياسا يكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بازاء السقط
والدقيق بجنسه مساويا كيلا لوجود الشرط وهو المساواة وتوهم
التفاوت هدر كما في البر بالبر وفيه خلاف الشافعي رح والرطب
بالرطب والتمر متساويا خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله فعندهم لا
يجوز بيع الرطب بالجفاف والعنب بالزبيب متساويا وهو كبيع
الرطب بالتمر على الخلاف وقيل لا يصح اتفاقا وجاز بيع البر رطبا كان
او مبلولا بمثله او باليابس متساويا والتمر المنقع والزبيب بالمنقع
منهما اي التمر والزبيب متساويا متعلق بجميع ما سبق وعند محمد رح
لا يجوز في جميع ذلك وجاز بيع لحم حيوان كلحم الضان بلحم حيوان
اخر كلحم البقر متفاضلا لعدم اتحاد الجنس جنس الاصول كلبن الغنم
بلبن البقر لاختلاف وكذا جاز بيع لبن حيوان بلبن حيوان اخر
متفاضلا اللحوم والالبان في احد قول الشافعي رح جنس واحد
وكذا بيع خل الدقل هو نوع ارداء التمر يتخذ منه الخل غالبا
بخل العنب متفاضلا للاختلاف بين اصلهما وكذا شحم البطن

بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد والخبز با
البر والدقيق متفاضلا لان الخبز عددي او وزني والبر والدقيق كيلي
فلم يجمعهما القدر من كل وجه وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى
على الاول وهذا اذا كانا نقدين واذا كان احدهما نسيئة فان كان البر
نسيئة جاز بالاتفاق وان كان الخبز نسيئة جاز عند ابي يوسف رح وعليه
الفتوى ولا يجوز بيع البر بالدقيق او بالسويق متفاضلا او متساويا وما
بشبهة المجانسة لان احدهما يرد الاخر اجزاء البر والمعيار فيهما
الكيل وهو غير مستو بينهما لاكتناز الدقيق والسويق وتخلخل البر
فلذلك لم يجز البيع اصلا بشبهة الفضل وبيع الدقيق بالسويق
عند ابي حنيفة رح متفاضلا او متساويا لبقاء المجانسة من وجه اذا
السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية و
بيع الحنطة المقلية وغير المقلية لا يجوز بحال لان الكيل غير مستوي
بينهما للتخلخل المقلية وكذا بيع الدقيق بالسويق وعندهما يجوز
متساويا ومتفاضلا لانهما جنسان ولا بيع السمسم بالحل
الا ان يكون الحل اكثر مما في السمسم وهذا على اربعة اوجه ان
علم ان الحل الذي في السمسم اكثر من الحل المنفصل لا يجوز لتحقق
الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن وبحير منه وكذا

ان علم انه مثله لان النقل يكون فضله خاليا عن العوض وان كان
الدهن المنفصل اكثر جاز والفضل بالنقل وهذه الثلثة بالاجماع
وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه او اقل جاز عند زفر رح وعندنا لا يجوز
ويستقرض الخبز وزنا لا عددا عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى لانه
موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد لتفاوت احاده قدرا فلا يتحقق
التساوي به وعند ابي حنيفة رح لا يصح وزنا وعددا لانه وان وزن
فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر اي
اول التنور واخره وعند محمد رح يصح بهما للتعامل والقياس يترك
بالتعامل كالاستصناع ولا ربوا بين سيد وعبده فيصح بيع درهم
بدرهمين لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا
كان العبد ماذونا غير مديون فان كان مديونا لا يصح ولا بين مسلم
وحربي في داره بقوله عليه الصلوة والسلام لا ربوا بين مسلم وكافر
في دار الحرب وفيه خلاف ابي يوسف والشافعي رح

فصل

لا يجوز بيع مشتري منقول قبل قبضه اي لو اشترى شيئا مما ينقل
ويحول لا يجوز بيعه قبل قبضه طعاما كان المنقول او غيره لانه
يحتمل ان يهلك المبيع قبل وعاد الى قديم ملك البائع فينفسخ العقد
الاول فيكون المشتري بايعا ملك غيره ومتى قبض تم للبيع ويكون

بايعا ملك نفسه وقال مالك رح يجوز بيع المشتري قبل القبض في غير
الطعام واما في غيره واما بيع العقار قبل القبض فيجوز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لان الهلاك في العقار نادر وقال محمد رح لا يجوز قياسا
على المنقول وصح التصرف في الثمن قبله اي قبل قبضه مثل ان ياخذ البائع
من المشتري عوض الثمن ثوبا واشتراه لانه ليس فيه احتمال انفساخ
العقد بالهلاك لانه دين ثابت في الذمة ولا يتعين بالتعيين و
صح للبائع الحط عنه اي الثمن سواء بقي المبيع او لا وصح للمشتري
المزيد للبائع فيه اي الثمن ان سار بقي المبيع وان هلك المبيع لا
تصح الزيادة في الثمن فقوله وان بقي المبيع يتعلق بالمزيد وصح
للبائع المزيد في المبيع لاجل المشتري وينبغي ان يصح للمشتري ان يحط
من المبيع للبائع ولم يذكره في المتن والاصل ان الزيادة والحط
ملحقان باصل العقد فيصير كان العقد ورد على هذا القدر حتى كان
للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي اصل الثمن والزيادة واذا اوفى
المشتري الثمن استحق مع الزيادة وليس للبائع ان يمتنع من تسليم
الزيادة وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا تصح الزيادة والحط اعتبارا
لا الحاق باصل العقد بل على اعتبار ابتداء الهبة لكن في الزيادة على
الثمن والحط حق الشفيع ياخذ بالاقل من الثمن اما في الزيادة فان

الشفيع تعلق بالثمن الاول فلا يملك الغير ابطال حقه الثابت
واما في الحط فلانه التحق باصل العقد وينبغي للشفيع اذا زيد
في المبيع او حط عنه ان ياخذ الجميع ولم يفهم من المتن وصح تاجيل
كل دين حال حتى لو باع شيا بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما
صار موجلا لان الحلول حقه فله اسقاطه بتاجيله تيسرا على من
عليه ولو اجله الي اجل مجهول فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب
الريح لا يصح وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يصح الا
القرض تاجيله لا يصح حتى لو اجله عند الاقراض مدة معلومة
او بعد الاقراض لا يثبت الاجل وله ان يطالبه في الحال وهذا
الحذف مالو اوصي ان يقرض من ماله فلانا الف درهم الي
سنة حيث يلزم من ثلث ماله ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة
لانه وصية فيلزم نظرا للموصي وقال مالك يلزم التاجيل في القرض
لازم ويدخل البناء والمفتاح للغلق والعلو والكنيف هو المستراح
في بيع الدار وان لم يذكر الاصل ان العرصة اصل في الدار وانما
دخل البناء وما كان متصلا بالبناء بطريق التبعية لاتصال
البناء بالعرصة ولهذا يدخل العلو بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء
والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء وفي الاستحسان

يدخل

يدخل بتبعية الغلق المعروف والفعل ومفتاحه لا يدخل
والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا
يدخل لا يدخل الظلة وهي كل ما اظلك من بناء او جبل او سحاب
وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون الساباط الذي يكون على
ظهر الطريق الذي يكون احد طرفيه جذوعه على حائط
الجار المقابل او على الاساطين المضروبة بجار الدار وذكر في
المغرب ظلة الدار السدة التي فوق الباب الا بذكر كل حق
هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها فلا تدخل
الظلة في بيع الدار الا بذكر احد هذه الالفاظ وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يدخل بلا ذكر مفتحها في الدار ويدخل الشجر وان
لم يسمه لا الزرع الا بالتسمية في بيع الارض لان الزرع مودع
في الارض لا للقرار فصار كالمتاع الذي فيها بخلاف الشجر فان
اتصالها بالارض للقرار كالبناء وذكر القدوري والاسبيجابي
ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض بلا ذكر اذا لم ينبت او نبت بعد
وصار له قيمة بعد اما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل وقيل
لا يدخل هذا ايضا وكذا لا يدخل الثمر في بيع الشجر الا بشرطه ولا
يدخل العلو في بيع بيت الا بشرطه متعلق بقوله لا الزرع الي اخره

ولا يدخل العلو في بيع منزل الا بذكر ما ذكر اي كل حق هو له والحاصل
ان العلو يدخل في بيع الدار وان لم يذكر بكل حق ويدخل في بيع المنزل
ان ذكره ولا يدخل في بيع البيت وان ذكر بكل حق لان البيت اسم المسقف
واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ
والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف وكانت الدار
اعم من اختيها لاشتمالها عليها فاستتبعت العلو على تقدير ذكر
الحقوق وعدمه البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت
والشيء لا يستتبع مثله والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزل
بين المنزلتين فيوفر على الشبيهين حظهما فيدخل العلو فيه تبعا
قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا
يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل
مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانها
يسمى سراي هكذا قالوا وهو لا يوافق عرفنا الان كالشرب والطريق
والمسيل فانها لا يدخل في البيع الا بذكر ما ذكر لان هذه الاشياء وان كانت
تابعة للمبيع من حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع
بالمبيع الا انها اصل بنفسها من حيث انه يتصور قيامها بدون
المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا يدخل ان لم يذكر

الحقوق

الحقوق والمرافق ويدخل هذه الاشياء في الاجارة بلا ذكرها ذكر
لان الاجارة شرعت للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع الا بهذه الاشياء ولا
كذلك البيع لانه لم يشرع للانتفاع فالانسان كما يشتري الشيء لينتفع
به فقد يشتريه ليبيعه ومن اشترى جارية فولدت عنده ولدا لا ما
ستيلاده يوخذ الولد ان استحقت امة ببينة وان اقر بها اي بالام
لا يوخذ الولد والفرق ان البينة حجة مطلقة فيثبت بها الملك
من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق
بالبينة والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت الاستحقاق فيها
والاقرار حجة قاصرة يثبت بها الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر
وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد انفصال الولد فلا يظهر الا
ستحقاق في حق الولد ولهذا لا يرجع المشتري على البائع عند الاستحقاق
بالاقرار وللمالك باع غيره اي الفضولي ملكه بلا اذنه فسخه
اي فسخ البيع انشاء مطلقا سواء بقي العاقدان والمبيع او لا وله
اي للمالك اجازته لا مطلقا بل ان بقي العاقدان والمبيع وكذا
شرط بقاء الثمن لو كان عرضا فكل عقد صدر من الفضولي وله
مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة وهو اي الثمن ملك
للمجيز اي ان اجاز المالك البيع فالثمن ملكه وامانة عند بايعه

اي الفضولي فله هلك لا شيء عليه وله اي للبايع فسخه اي فسخ البيع
قبل الاجازة دفعا للضرر عن نفسه فان حقوق العقد يرجع اليه بخلاف
الفضولي في النكاح حيث لا يكون له الفسخ قبل الاجازة لان الحقوق
لا يرجع اليه لانه سفير ومن غصب عبدا وباعه واعتقه المشتري
جاز اعتاق المشتري من الغاصب اي ان اجيز بيع الغاصب وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
لا يجوز لانه اعتق بدون الملك اذ البيع موقوف والموقوف لا يفيد الملك
ولهما ان الملك يثبت موقوفا فيتوقف الاعتاق بتوقف الملك وينفذ
بنفاذه لان الاعتاق من حقوق الملك والشيء اذا نفذ نفذ بحقوقه واذا
توقف توقف بحقوقه ولا يجوز بيعه اي بيع المشتري من الغاصب ان
اجيز بيع الغاصب لان بالاجازة يثبت للبايع وهو المشتري الاول
ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف لغيره بطله

في بيع

السلم هو بمعنى السلف سمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان
اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون
عادة بما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمي
سلما وسلفا يصح السلم فيما يضبط ويعلم قدره ووصفه لان المسلم
فيه دين وهو يعرف بالوصف فاذا امكن ضبط صفته ومعرفة

قدره يصح السلم فيه وذلك كالمكيل والموزون حال كونه ثمنا بخلاف
الدراهم والدنانير لانهما اثمان فلا يصح فيها والمذروع كالثوب
والبساط والحصير مبينا طوله وعرضه ورقعته اي غلظه ورقته
لان مقدار المالية يصير معلوما بذكر هذه الاشياء والتفاوت اليسير
بعدها ليس بمعتبر والمعدود متقاربا كالجوز والبيض لان للتقارب
وهو ما لا يتفاوت احاده في القيمة معلوما مضبوط الوصف مقدور
التسليم فيصح فيه السلم عددا والصغير والكبير فيه سواء لان هذه
التفاوت ساقط الاعتبار بخلاف البطيخ والرمان لتفاوت احادهما
تفاوتا فاحشا وكما يصح السلم فيه عددا يصح كيلا لانه مما يعلم
بالكيل وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا فيصح في السمك المليح اي المقدد
الذي فيه ملح وزنا معلوما وزنا لكونه معلوم القدر مضبوط الوصف
مقدور التسليم لانه غير منقطع بخلاف السمك الطري فلا يصح فيه
السلم في رضيفه لانه مفقود ومنقطع عن ايدي الناس خصوصا في
الشتاء لانجماد الماء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يصح مطلقا لا في الحيوان
للتفاوت الفاحش فيه وقال الشافعي رحمه الله يصح ان بين جنسه ونوعه
وسنه وصغره ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع لانها عددية
متفاوتة فان التفاوت بين راس وراس وكراع وكراع معتبر فلما بين

الناس ولو اسلم فيها وزنا اختلفوا فيه ولا جلوده عددا للتفاوة الا اذا
بين الطول والعرض والصفة والاوجه للمقول بعدم الصحة في
الجلود لانه لما يصح فيها اذا بين الطول والعرض والصفة يكون مثل
الثياب ويصح السلم فيها بالشرائط فكذا في الجلود وقال مالك يصح السلم
في راس الحيوان وجلوده عددا او لا في الجواهر لانها عددية متفاوتة
وفي الصغار الا التي تباع وزنا يصح السلم لانها تعلم بالوزن ولا بصاع
وذراع قبله معين لم يدر قدره اي قدر كل واحد منهما لانه
يتاخر في السلم التسليم وربما يضيع الصاع والذراع قبله فيفضي
الى المنازعة ولابد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة
ونحوها فان كان لا ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يصح لمكن للمنازعة
فيه الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف
وشروطه سبعة بيان جنسه كبر وشعير وبيان نوعه كسقية
وبخسية حنطة سقياء اي التي تسقى بتفاعيل بمعنى مفعول وبخسية
بسبب الحب الخسي وهي الارض التي تسقيها السماء لانه منحوسة
الحظ من الماء وبيان صفته كجيد ورديء وبيان قدره نحو
كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا وبيان اجله فلا يصح
السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يصح حالا ومؤجلا واقله اي

اقل اجله شهر في الاصح وعليه الفتوى وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من
نصف يوم وبيان قدر راس المال وان كان مشارا اليه مما يتعلق العقد
على مقداره كما في الكيلي والوزني والعددي وقال ابو يوسف ومحمد
لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال الغيره
اسلمت هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن الدراهم او قال اسلمت
اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لم يجز
عنده وعندهما يجوز واجمعوا على ان راس المال ان كان ثوبا او
حيوانا يصير معلوما بالاشارة ولا يجب بيانه وبيان مكان ايفاء
ما له حمل ومؤنة كالبر ونحوه وقالا ليس بشرط ولكن ان شرطاه صح
وان لم يشترطاه تعين مكان العقد للتسليم وما لم يكن له حمل ومؤنة
كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء عندهم ويوفيه
في اي موضع شاء هو الاصح وفي رواية توفيه في مكان العقد ولو
عينا مكانا قيل لا يتعين وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر
الطريق عن رب السلم ولو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى
به لان المصر مع تباعد اطرافه كمكان واحد في هذا الحكم و
قبض راس المال سواء كان مما لا يتعين كالنقود او يتعين كالعروض
قبل الافتراق بالابدان شرط بقائه اي بقاء عقد السلم على الصحة

وقال مالك يترك قبض راس المال يوما او يومين جاز و
قد جمعوا جملة الشروط في قولهم اعلام قدر راس المال في
المكيل والموزون والمعدود والتعجيل واعلام فيه جنسا
ونوعا وقدرا وصفة والتاجيل وبيان مكان الايفاء فيما له
حمل والقدرة على التحصيل وفي هذا قال بالفارسي صحت عقد
سلم را شرطها شد يخلل علم جنس و نوع قدر و وصف شد
بي اجل‌هم موضع ايفا و راس مال هم بايد يقين ليك نزد يك
امام المتقين صدر اجل فلو كان راس المال بعضه دينا على
المسلم اليه وبعضه عينا بطل العقد في حصة الدين يعني لو اسلم
مائتي درهم في كر بر مائة دينا على المسلم اليه او على رب السلم ومائة
نقد بطل في حصة الدين لانه دين بدين والنبي صلى الله عليه وآله وسلم
نهي عن بيع الكالي بالكالي وصح في حصة النقد لوجود بعض راس
المال في المجلس ولا يشيع الفساد كما قال زفر لان الفساد طار اذا السلم
صح لان قبض راس المال شرط بقاء السلم على الصحة لا شرط انعقاده
صحيحا والفساد الطاري لا يشيع ولا يجوز التصرف الشركة والتولية
وغيرهما في راس المال فيه قبل القبض صورة الشركة ان يقول لرب
السلم لآخر اعطني نصف راس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه

وصورة

وصورة التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون
المسلم فيه لك ومثل هذا التصرف بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع
كله والاستصناع ان يقول للخفاف اخرز لي خفا من اديمك
يوافق رجلي ويريه رجله بكذا او يقول للصائغ اصنع لي خاتما
من فضتك وبين وزنه وصفته بكذا فان كان باجل فهو سلم
سواء تعاملوا فيه كالخف ونحوه او لا كالثوب ونحوه فيشترط
قبض راس المال واستقصاء الوصف ولا يكون له خيار الرؤية كما في
مطلق السلم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الاستصناع
باجل فيما فيه تعامل فهو ليس بسلم واما اذا لم يكن فيه تعامل
فهو سلم عندهم والحاصل ان المبيع لما كان دينا امكن تصحيحه سلما
واستصناعا لكن اعملنا اللفظ في حقيقته وحملنا للتاجيل على التعجيل
في المدة بخلاف ما لا يتعامل فيه لانه لا يمكن تصحيحه استصناعا
فيحمل على السلم ضرورة وهو بيع السلم لان جوازه بالكتاب والسنة
المستفيضة واجماع الامة وجوازه الاستصناع بالتعامل وفيه
شبهة لانه عند زفر والشافعي لا يجوز والاستصناع بلا ذكر
اجل فيما يتعامل فيه بيع ولا يجوز فيما لا يتعامل فيه لعدم الجواز
فيعمل بالقياس ثم ذكر فرعه انه بيع فيجبر الصانع على العمل

ولا الخيار له وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ولا يرجع الآمر عن امره
وعند من يقول الاستصناع عدة يصح رجوع الآمر كما يصح للصانع
الامتناع عن العمل وللبيع العين لا عمله وقال ابو سعيد البردعي
المعقود علي العمل وانما ينعقد بيعا عند تسليم والصحيح ان المعقود
عليه العين فلو جاء بفريع على ان للبيع العين بما صنعه غيره
اي غير الصانع او هو قبل العقد فاخذ المستصنع صح ولا يتعين
المصنوع له اي للآمر بلا اختياره وعن ابي يوسف رح ان المصنوع
يتعين للآمر بلا اختياره لان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع بما لا يرغب غيره في شرائه ببطلان الصفقة وصح بيعه
اي بيع الصانع للمصنوع قبل رؤية الآمر لان العقد لم يتعين
قبل اختياره واذا احضره ورآه المستصنع فهو بالخيار ان شاء
اخذ وان شاء ترك لانه اشترى ما لم يره **مسائل شتى**
وصح بيع الكلب والسباع كالذئب والاسد علمت او لا لانها
اموال متقومة وهذا عندنا وعند ابي يوسف رح لا يصح بيع كلب العقور
وعند الشافعي رح لا يصح بيع الكلب ذكر شمس الائمة السرخسي ان الكلب
بحال يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه والا لا يجوز البيع و
القرد فقد اختلفت الروايات عن ابي حنيفة رح وبيع الفيل جائز

والهرة يجوز بيعها والذمي في البيع كالمسلم لقوله عليه السلام فاعلمهم
للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانه مكلف محتاج كالمسلم فا
استويا في مباشرة العقود التي هي وسيلة الى اقامة التكاليف الا
في الخمر والخنزير فهما عندهم كالخل والشاة في عندنا حتى يكون
الخمر من ذوات الامثال والخنزير من ذوات القيم ودرهم او
سكر نثر فوقع في ثوب رجل فهو له ان عد اي الثوب له اي للدراهم
او كفه اي الثوب بعدما وقع الدرهم فيه والا اي لا يعد الثوب و لا
يكفه فللآخذ واعتبر به اي بالدراهم المنثور سائر المباحات
كما اذا فرخ طير او باض او تكسر ظبي في ارض رجل فهو لرب الارض
ان اعد ارضه للاصطياد ولانه صار اخذا له حكما فيعتبر بما
لو اخذ حقيقة ولم يعد ارضه للاصطياد فهو للآخذ لانه مباح
سبقت يده اليه وكذا اذا نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد فهو
للآخذ وان نصبها للصيد فهو له الصرف هو بيع
بعض الثمن بالثمن اي بيع الذهب او الفضة بالذهب او الفضة
جنسا بجنس او بغير جنس سمي هذا البيع صرفا ان يحتاج فيه الى
نقل بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة والاموال
انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبته الباء او لا قابل بجنسها

او بغيرها ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والمماليك ونوع
ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان معينا في العقد
كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع
ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا كان ثمنا كالفلوس
وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا
في الذمة والنقود لا يستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا
بكل حال والعروض لا يستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل
والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال
ومبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد
ولا يبطل العقد بفوات تسليمه وان بيع بجنسه يكون شرطه التقابض
في العوضين قبل الافتراق فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما
بطل وان وقع القبض في البعض كما اذا باع فضة وقبض بعض ثمنها
ثم افترقا صح البيع فيه اي في البعض المقبوض وبطل فيما لم يقبض وفي
في بيع اناء الفضة وقبض بعض ثمنه ثم التفرق بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وصار الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله وقد وجد
التقابض في البعض دون البعض فيصح فيما وجد شرطه ويبطل فيما
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض فلا

يتعدي الى ما بقي وكذا صح البيع في كل السيف المحلي اي لو باع سيفا
محلي بمائة درهم وحلية خمسون وقبض من الثمن خمسين صح البيع
في السيف والحلية ان تخلصت الحلية من السيف بلا ضرر
اما صحة البيع في الحلية فلانه لما باع فقد قصد الصحة ولا صحة
الا بان يصرف القبض اي قبض الخمسين الى ثمنها اي ثمن الحلية
فيحمل عليه تحريا لصحة البيع واما في السيف فلانه امكن افراده
بالبيع لانه يتخلص حلية بلا ضرر فكان الخمسين التي لم ينقد ثمن
السيف وان لم يبين وسكت عن هذا لما ذكرنا من تحري صحة
البيع وان لم يقبض شيئا من الثمن بطل البيع فيها اي في الحلية
لان البيع فيها صرف وقد فات شرطه وصح في السيف لما ذكرنا
كان يتخلص الحلية بلا ضرر امكن افراده بالبيع وهذا
اذا كان الثمن ازيد مما فيه من الحلية فان كان مثلا واقل لم
يصح البيع للربوا وكذا اذا لم يدر لاحتمال الربوا خلافا لزفر
وان لم يخلص الحلية من السيف بلا ضرر وافترقا بلا قبض بطل
البيع اصلا اي في الحلية والسيف اما في الحلية فلعدم قبض الثمن
واما في السيف فلانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فصار كبيع الجذع من
في السقف هي في الاصل اسم للملك المشفوع بملك

نحو لهم كان وترا فشفعه بآخر ونظيرها الاكلة واللقمة في ان كلا منهما
فعلة بمعنى مفعول والشفع هو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري
الي ملك الشفيع وفي عرف الفقهاء تملك العقار على مشتريه جبرا
بمثل ثمنه وسببها الاتصال وشرطها معاوضة مال بمال وتثبت
بقدر عدد رؤس الشفعاء لا بقدر انصباء الملك وقال الشافعي
الشفعة على مقادير انصباء الملك بيانه دار بين ثلثة لاحد نصفها
وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب
الاخران الشفعة يقضي بينهما نصفان عندنا بقدر رؤسهما وعند
الشافعي اثلاثا بقدر ملكهما للخليط اي الشريك في نفس المبيع
وليس للشريك في الشرب والطريق والجار شفعة مع الخليط في
الرقبة ثم ان سلم الخليط في نفس المبيع تثبت الشفعة للخليط في
حق المبيع وعن ابي يوسف رح ان مع وجود الشريك لا شفعة لغيره
سلم او لا كالشرب بالكسر نصيب من الماء وفي الشريعة عبارة عن نوبة
الانتفاع بالماء سقيا للزراع والدواب والطريق خاصين كشرب نهر
لا يجري فيه السفن قيل اريد به اصغر السفن وما يجري فيه شركة
علمه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما وعن ابي يوسف رح الخاص ان
يكون نهر يسقي قراحان او ثلثة او بستانان او ثلثة وما زاد على ذلك

فهو عام

فهو عام والقراح من الارض كل قطعة على حيالها وعامة
المشايخ على ان الشركاء على النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير
وان كانوا يحصون فهو نهر صغير تبار لكنهم اختلفوا بعد هذا في حد
ما يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بمائة باربعين
وبعض مشايخنا قالوا بعضهم اصح ما قيل فيه انه مفوض الى رأي
كل مجتهد في زمانه ان رآهم كثيرا كانوا كثيرا وان رآهم قليلا كانوا
قليلا وقيل الخاص ما يتفرقون بين الشركاء ولا يبقي اذا انتهى
الاخر ولا يكون له منفذ والعام خلافه وطريق لا ينفذ ثم يثبت
للجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه
في سكة اخرى صورته منزل مشترك بين اثنين في دار القوم في
سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه فالشريك في المنزل
احق بالشفعة فان سلم فالشريك في الدار احق بالشفعة من
الشركاء في السكة فان سلموا فاهل السكة احق فان سلموا فالجار
الملاصق احق ويطلبها الشفيع بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة
كطلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها في مجلس علمه بالبيع هذا
اختيار الكرخي وهو اصح الروايتين عن محمد رح وعند عامة المشايخ
يطلبها كلما علم من غير توقف حتى لو بلغه البيع ولم تطلب واخر

ساعة بطلت شفعته وهو رواية عن محمد رحمه الله وقال ابن ابي ليلى
ان طلب الى ثلثة ايام فله الشفعة وقال سفيان رحمه الله له مهلة يوم
وقال شريك هو على شفعته ما لم يطلبها صريحا او دلالة بمنزلة
ساير الحقوق المستحقة وذلك في المبسوط اذا علم بالبيع وهو
بحضرة من المشتري فالجواب واضح ان يطلبها وكذلك ان كان
بحضرة من الشهود وينبغي له ان يشهدهم على الطلب وكذلك ان
لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب
صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغي ان يطلب حتى
اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وهو
طلب مواثبة لقوله عليه وآله وسلم الشفعة لمن واثبها ثم
يشهد على طلبها وهو طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه
لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة
لانه على فور العلم بالشراء بحضرة البايع او المشتري او الدار فطلب
المواثبة واشهد على ذلك فلذلك يكفيه مقام الطلبين عند
العقار يتعلق الحق به او عند ذي يده اي صاحب يد العقار
من بايع اي اذا كان المبيع في يده او مشتري لان الملك له فاذا فعل
ذلك استقرت شفعته ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى

لو لم يطلب شفعته بعد ما يمكن من الطلب الثاني عند الدار او البايع
او المشتري بطلت شفعته وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا
اشترى هذه الدار وانا شفيعها وكنت طلبت الشفعة واطلبها
الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده فان اخرهما اي احد الطلبين بطلت شفعته كما ذكرنا
ثم يطلب عند القاضي وهو طلب الخصومة والتمليك وبتاخيره اي
تاخير هذا الطلب بغير عذر كالمرض ونحوه شهرا يبطل الشفعة
وعند محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله لانه لو لم يسقط حقه بتاخير الخصومة
يتضرر المشتري فانه يتعذر عليه التصرف مخافة ان ينقض الشفيع
تصرفه وقدر شهرا لانه في حكم الاجل وما دونه عاجل وبه يفتى
وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لا تسقط الشفعة بتاخير
هذا الطلب وهو ظاهر الرواية وذكر في الهداية والكافي ان الفتوى
على قول ابي حنيفة رحمه الله لكن ما ذكره المصنف اختيار شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه ومثله في فتاوي قاضيخان والخلاصة وعن
ابي يوسف رحمه الله انه اذا ترك المخاصمة اختيارا في مجلس القضاء تبطل الشفعة
فاذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى الشراء وطلب الشفعة وصورة
ذلك ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا او بين مصرها

ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بداري هذه حدودها كذا فمره بتسليمها
اليه بعد ذلك سال القاضي الخصم عن مالكية دار المشفوع لها
فان اقر بملك ما يشفع به او انكر واستحلف ونكل من الحلف
عن العلم بانه مالكه وانما يحلف عن العلم لانه حلف على ما في يد
غيره هذا قول ابي يوسف رح وعند محمد رح يحلف على الثبات او برهن
الشفيع على ان الدار التي يشفع بها ملكه ساله القاضي عن الشراء
هل اشتري ام لا فان اقر به اي بالشراء او انكر واستحلف ونكل
عن الحلف بالله ما اشتريت هذه الدار او بالله ما يستحق علي في هذه
الدار شفعة وانما يحلف على الثبات لانه حلف على فعل نفسه او
برهن الشفيع على الشراء قضي له بها فلزمه حينئذ احضار الثمن
وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رح لا يقضي القاضي حتى يحضر الشفيع
الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واذا قضي بالشفعة قبل
احضار الثمن فللخصم ان يحبس الدار له اي القبض ثمن لا لضمان لا
منع له البائع والمشتري وللشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع
في يده لان المبيع يصير مستحقا عليه يدا فكانت الخصومة ثابتة قبله
كالمالك لكن لا يسمع القاضي البينة على بائع في يده المبيع حتى
يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضوره لان الملك للمشتري واليد

للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا والقاضي يقضي لهما للشفيع
فيشترط حضورهما بخلاف ما اذا كان المبيع في يد المشتري حيث لا
يشترط حضور البائع لانه حلم العقد في حق البائع فقد انتهي بالتسليم
الي المشتري فصار كاجنبي اخر ويقضي بالشفعة والعهدة على البائع
فيجب عليه تسليم المبيع وعند استحقاق المبيع ضمان الثمن على
البائع فيطلب فيطلبت منه وقال الشافعي رح العهدة على المشتري
بكل حال سواء اخذته من يد البائع او من يد المشتري واذا قضي
للشفيع بالمبيع فله الرد بسبب خيار الروية والعيب وان شرط
المشتري البراءة عنه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء لتحول الصفقة
اليه فيثبت له الخيار ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا بروية
لان المشتري ليس بنايب عن الشفيع وان اختلف الشفيع والمشتري
في الثمن يكون القول للمشتري مع يمينه في قدر الثمن لان الشفيع
يدعي حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري منكر والقول للمنكر
مع يمينه ولو قام البينة تكون بينة الشفيع احق من بينة
وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما بينة المشتري احق لانه يثبت
زيادة الثمن والمثبت اولي ولابي حنيفة ومحمد رح لا تنافي بين
البينتين في حق الشفيع لاحتمال انه اشتري مرتين مرة باقل و مرة

باكثر وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء ولو ادعي المشتري ثمنا وبايعه
اقل من اخذ الشفيع بقوله اي بقول البائع قبل القبض اى قبل قبض
البائع الثمن سوآء كان المبيع في يده او في يد المشتري لان الثمن ان يكن
كما قال البائع فظاهر وان اكثر كما قال المشتري فقد حط البائع الثمن عن
المشتري والحط عنه حط عن الشفيع واخذ الشفيع بقول المشتري
انشاء ولم يلتفت الى قول البائع بعده اي بعد قبض الثمن بان حكم
البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن اليه فصار هو كاجنبي آخر
ولا قول له بعد ذلك في مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع
والمشتري فيكون القول للمشتري مع يمينه كما مر وانما قال وبايعه
اقل لانه ادعي البائع الاكثر يتحالفان اي البائع والمشتري ويرد
ان ايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذ الشفيع بذلك
وان حلف يفسخ القاضي العقد بينهما واخذ الشفيع بما قال البائع
ان فسخ العقد لا يوجب بطلان حق الفسخ واذا حط البائع عن
المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع واخذ المبيع بالاقل
في حط بعض الثمن خلافا للشافعي رح وكذا اذا اخذ الشفيع بالثمن
ثم حط البائع عن المشتري بعض الثمن فانه يحط ذلك عن الشفيع
ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر انه اخذ منه فوق

حقه وان زاد المشتري البائع في الثمن لم يلزم الزيادة الشفيع او اخذ
المبيع في زيادته اي زيادة الثمن باقلهما اي اقل الثمن لان الشفيع
استحق اخذ المبيع بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال
الحق الثابت للشفيع وان حط البائع عن المشتري كل الثمن لم يسقط
عن الشفيع واخذ المبيع في حط الكل بالكل اي كل الثمن لانه لا
يلتحق باصل العقد لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد يصير
العقد هبة ولا شفعة في الهبة او يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا
ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي الى ابطال حق الشفيع واخذ الشفيع
في شراء شيء بثمن مثلي كالمكيل والموزون والعددي المتقارب بمثله
يقدر به على المثل الكامل واخذ في شراء بثمن غيره اي غير المثلي
كالعرض والعقار بقيمة الثمن لعجزه عن المثل الكامل ويعتبر قيمته
وقت الشراء لا وقت الاخذ ففي بيع عقار بعقار اخذ كل شفيع كل واحد
منهما بقيمة الاخر وفي بيع دار بعرض اخذها بقيمة العرض وقال
اهل المدينه اخذها بقيمة الدار ويختار الشفيع في ثمن مؤجل بيع
دار به انشاء اخذها بالحال او طلب الشفعة في الحال وصبر حتى ينقضي
الاجل ثم اخذ الدار بعد الاجل ولو سكت عن الطلب حتى يطلب بعد
الاجل بطلت شفعته وعن ابي يوسف رح في الاخر لم يبطل وليس له ان

ياخذ في الحال بثمن موجل وقال زفر والشافعي رح في القديم ومالك
له ذلك وهذا اذا كان الاجل معلوما فان كان مجهولا نحو الحصاد
والرياس والشياد ذلك فقال الشفيع انا عجل الثمن واخذه لم
يكن له ذلك لان الشرا بالاجل المجهول فاسد في حق الشفيع وحق
الشفيع لا يثبت في الشرا الفاسد اذا بني المشتري في العرصه
او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعه فهو بالخيار في بنا المشتري
وغرسه ان شا اخذها بالثمن وقيمتها اي قيمة البنا والغرس
مقلوعين او كلف المشتري قلعها وعن ابي يوسف رح انه لا يكلف القلع
ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البنا والغرس وبين ان
يترك وبه قال مالك والشافعي رحمهما وليست الشفعة الا في بيع
صحيح لان الشفعة تثبت عندنا بخلاف القياس بالاثار في معاوضة
مال بمال فيقصر علي البيع ويكتفي بثبوت البيع في حق البايع ولهذا
كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة اذا اقر البايع وان لم يثبت في
ملك المشتري لانكاره او في هبة مشروطة بعوض لانها في
معني البيع لكن يشترط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب
وعوضه وان لم يكن العوض مشروطا في العقد فلا شفعة خلافا
لمالك رح ولا تجب الشفعة في شجر وثمر بيعا قصدا بلا ارضه و لو بيعا

بتبعية

بتبعية العرصة تجب فيها الشفعة وكذا لا شفعة في بنا بيع قصدا
بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في
السفل وان لم يكن طريق في السفلي لانه التحق بالعقار بماله في حق
القرار ولا بالبيع بخيار البايع لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن
ملكه الا بعد سقوطه اي سقوط الخيار الزوال المانع لخروج
المبيع عن ملكه والحلواني ان طلب الشفيع يشترط عند البيع ام سقوط
الخيار والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار وان اشتري بشرط
الخيار وجبت الشفعة اما عند ابي يوسف ومحمد رح فلانه صار مالكا
للمبيع واما عنده فلخروج المبيع عن ملك البايع وحق الشفعه يعتمد
علي انقطاع حق البايع لا علي ثبوت الملك المشتري كما ذكرنا فان اخذ
الشفيع في ايام الخيار فقد وجب البيع ولا خيار للشفيع لان الخيار
لا يثبت الا بمن شرطه والشرط للمشتري دون الشفيع ولا في البيع
الفاسد اما قبل القبض فلبقاء ملك البايع في المبيع واما بعد القبض فلا
احتمال الفسخ لان لكل واحد من المتعاقدين فسخه والفسخ مستحق للشرع
الا بعد سقوط فسخه بان باع المشتري من اخر فحينئذ وجبت الشفعة
وللشفيع ان ياخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع الثاني
وياخذه بالبيع الاول بقيمته لانا لا اجتمع له سببان فله ان ياخذ بايهما

شار فان اخذ بالثاني اخذ بالثمن لان الشراء الثاني صحيح وان اخذ
بالاول اخذ بالقيمة لان المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة
ولا في بخيار رؤية اي من اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها رد
المشتري بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء القاضي فلا شفعة للشفيع
لانه فسخ من كل وجه فيعود الى قديم ملك البائع فلا يجدد للشفيع الشفعة
لان الشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
الا في خيار عيب فانه ان ردها بلا قضاء فللشفيع الشفعة لان الرد
بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا خلافا لزفر رحمه الله والمراد الرد بالعيب
بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير
قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى
رضاء صاحبه او قضاء قاض ولا شفعة لمن باع فيما وكيلا كان او
اصيلا لان اخذه بالشفعة يكون سعيا في نقض ما قبله او لمن بيع
له وهو الموكل للموكل فان تمام البيع به فانه لولا توكيله لما جاز بيعه
او ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع لانه تقرير للبيع فكان كالبائع
بل تجب الشفعة لمن اشترى سواء اشترى اصالة او وكالة او اشترى
له اي الموكل بالشراء لان الشفعة انما تبطل باظهار الرغبة عن الدار
لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة فلا يكون ابطالا

للشفعة

للشفعة وفائدته انه لو كان المشتري والموكل بالشراء شريكا في
الدار شريك آخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا
شفعة للجار مع وجوده ويبطلها تسليمها بعد البيع فقط لا قبله
ولو سلم بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز لانه اسقاط فلا
يتوقف على العلم ويبطلها الصلح عن شفعة على عوض مع بطلانه
اي بطلان الصلح فلا يجب العوض ورده ان اخذ لانه اسقط حقه
ولكنه طمع في غير مطمع فيكون العوض رشوة ويبطلها موت الشفيع
بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ولم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة
وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه واما ان مات بعد القضاء بالشفعة قبل
نقد الثمن لا تبطل شفعته وتصير للورثة لا يبطل الشفعة موت المشتري
لان المستحق باق وموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق
ويبطلها بيع ما يشفع به بعد شراء المشتري سواء علم بالشراء او لا
وقبل القضاء بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار او الشركة وقد
زال قبل التمليك بخلاف ما لو باع الشفيع داره على انه بالخيار
بعد الشراء المشتري فانه يكون على شفعته لان الملك لم يزل و
يشفع حصة احد الجماعة المشترين اي اذا اشترى خمسة منازل دارا
من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم ويترك الباقي لانه

ليس في هذه الاختصر بتفريق الصفقة على المشتري لان الشفيع يقوم
مقام احد المشتري ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده وهو
الصحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه انه فصل فقال ان اخذ قبل
نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ
احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفريق اليد بخلاف ما بعد
لانه ليس في يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب ا
اذا نقد المبيع الشفيع ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته لئلا يؤدي
الى تفريق اليد على البائع كاحد المشتريين فلا يشفع نصيب احد الجما
الباعة اي ان اشترى رجل دارا من خمسة مثلا اخذ الشفيع كلها
او تركها وليس له ان ياخذ بعض دون البعض وقال الشافعي رحمه الله
ان ياخذ حصة احدهم كما في الفصل الاول فان سمع الشفيع ان
المشتري زيد وسلم الشفعة وشراء زيد فظهر شراء غيره فهو على
شفعة لتفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار زيد لا يكون رضاء
بجوار غيره ولو ظهر ان المشتري زيد وغيره فله ان ياخذ
غير زيد لان التسليم لم يوجد في حق غيره او سمع الشراء بالف
درهم وسلم الشفعة فظهر الشراء باقل من الف او بمثلي كحنطة
او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل ولا تسقط شفعته لان

الشراء بالف وسلم الشفعة ثم ظهر انه بقيمي كالعرض قيمته
الف او اكثر فانه لا يبقى له الشفعة لان الشفيع انما ياخذ ههنا بقيمة
العرض فان كانت قيمته الفا فقد سلم البيع به وان كانت قيمته اكثر ا
البيع بالف تسليم بالاكثر بالطريق الاولى ولو ظهر ان البيع بدنانير
قيمتها الف او اكثر صح التسليم وبطلت الشفعة وان كانت اقل فهو
على شفعة وقال زفر رحمه الله له الشفعة في الوجهين والاصل ان الغرض
في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا
سلم على بعض الوجوه ثم ظهر خلافه بقيت الشفعة لجهالة
التسليم لم يوجد على الوجه الذي استحقه واذا باع دارا الا مقدار
ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لعدم الجوار و
حيلة في اسقاط الشفعة وكذا لو وهب له قدر ذراع من الجانب الذي
هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقي منه ولا يجب للجار الشفعة لان
لا يلاصق المبيع ثم الحيلة لاسقاط الشفعة ويجب تسليمها عند
الدار والدابة الى المستاجر لانها عقد المعاوضة يقتضي تقابل
في الملك والتسليم اي يثبت الملك في البدلين معا كالبيع واخذ
وهو المنفعة لم يصر مملوكه بنفس العقد بل تراخي الملك فيها الى
حين وجودها فكذا الاجرة بل تجب بتعجيلها من غير شرط
فان

فان المستاجر اذا عجلها ليس له الاسترداد كما لا يسترد الواجب بمعني الوجوب بالتعجيل ان لها حكم الوجوب او بشرطه فاذا شرط تعجيل الاجرة تجب بتعجيله او استيفاء النفع المعقود او التمكن منه اي من استيفاء النفع فتجب الاجرة لدار قبضت وان لم يسكنها المستاجر وان غصبها غاصب من يد المستاجر تسقط الاجرة بالغصب بقدر فوت تمكنه اي المستاجر من الانتفاع وهل ينفسخ العقد بالغصب قيل لا ينفسخ وقيل ينفسخ و للموجر طلب النابتة لا شك انه مكروه وذلك ان يقول المشتري للشفيع انا ابيع الدار منك بما اخذت فلا فايدة لك في الاخذ ما فقال الشفيع نعم تسقط الشفعة واما الحيلة لئلا تجب الشفعة فعند ابي يوسف رح لا يكره وعند محمد رح يكره وعلى هذه الحيلة لاسقاط الزكوة والله اعلم

القسمة

هي في اللغة اسم من الاقسام يقال اقتسموا المال بينهم وفي الشرع تعيين الحق الشايع وهي لا تعري عن معني الافراز والمبادلة لكن غلب فيها الافراز في المثلي كالمكيلات و الموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت وبين ابعاضها وكان ما ياخذه كل شريك مثل حقه صورة ومعني فامكن ان يجعل عين حقه الا يري ان لاحدهما ان ياخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولو كان مبادلة تشترط رضاه وغلب فيها المبادلة

في غيره اي غير المثلي كالحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كل شريك كانه اخذ حقه و لهذا لا يقدر احدهما ان ياخذ نصيبه عند غيبة صاحبه فيا خذ كل شريك حصة بغيبة صاحبه ثمه اي في المثلي لا ههنا اي في غير المثلي كما ذكرنا وندب للقاضي نصب قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بين الناس بلا اجر لان القسمة فصل للخصومة لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فاشبه القضاء من هذا الوجه فالاولي ان يجعل كفايته في بيت المال كرزق القاضي فان لم يفعل ذلك بل نصب قاسما يقسم باجر على المتقاسمين صح لان المنفعة حصلت لهم فيكون الغرم عليه ويقدر باجر مثله كيلا يتحكم القاسم بالزيادة عليهم وهو اي اجر القاسم على عدد الروس للشركاء عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر الانصباء وهو قول الشافعي رح لان هذي مؤنة تلحقهم بسبب الملك ولابي حنيفة رح ان المعقود عليه هو التمييز والاجر مقابل به وتمييز الاقل كتمييز الاكثر بل قد يكون العمل في معرفة الاقل اكثر لان الحساب يدق بقلة النصيب وقد ينعكس فاعتبر نفس التمييز ويجب كونه اي القاسم عدلا ليعتمد على قوله عالما بها اي بالقسمة ليقدر عليها ولا يعين

قاسم واحد اي لا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد بان يستاجروه
لان القاسم لو تعين يتضرر الناس لانه يفضي الى غلاء الاجر ولا
يترك القسام كيلا يتواضعوا على غلاء الاجر بخلاف ما اذا لم
يشتركوا لانه حينئذ يتسارع كل قاسم الى القسمة بالاجر تيسيرا حذرا
عن الفوت وقسم بطلب احدهم اي احد الشركاء ان انتفع كل
شريك بحصة بعد القسمة لان في القسمة تكميل المنفعة وقسم
بطلب صاحب الكثير فقط دون طلب صاحب القليل ان لم ينتفع
شريك الاخر وهو صاحب قليل لقلة حصة كذا ذكره الخصاف
وهو الاصح لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه من الانتفاع بملكه
ويمنع غيره وهذا طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان
يجيبه واما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت
بالرد وذكر الخصاف على عكس هذا وذكر الحاكم الشهيد في مختصره
ان يجر الهما طلب القسمة يقسم القاضي ولم يقسم الا بطلبهم و
رضاهم ان تضرر كل واحد للقلة لا الجبر على القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويتها لكن يجوز برضاهم لان الحق لهم وهم
اعرف بشانهم اما القاضي فيعتمد الظاهر ولا يقسم الجنسان
جبرا فيقسم القاضي كل موزون ومكيل ومعدود ومتقارب

وتبر الذهب والفضة والنحاس والابل والغنم بانفرادها ولا
يقسم شاة وبعير اجر جمع بان يجمع نصيب احدهم في الشاة خاصة
بل يقسم الشاة بينهم جميعا وكذلك البعير وغيره ولا يقسم الرقيق
عند ابي حنيفة رح وقالا يقسم لاتحاد الجنس كالابل والغنم وله ان التفاوت
في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة فلا
يجوز الاجبار على القسمة ولا الجواهر كاللالي واليواقيت وقيل لا
يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت
وقيل الجواب مجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق والاولى ان لا يجبر فيها على القسمة ولا الحمام ولا بير ورحي
الا برضاهم
وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتمليك المنفعة فاذا لم يبق
كل منتفعا لا يقسم وذلك لالتزامهم الضرر بانفسهم ودور
مشتركة في مصر قسم كل دار على حدة ولا يجمع نصيب احدهم في دار هذا
عند ابي حنيفة رح وقالا الراي في ذلك الى القاضي فان راى ان الاصلح
قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة
المشتركة لهما ان الدار جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة
واصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت
منفعة السكنى باختلاف المحال فكان الترجيح مفوضا الى راي القاضي

وله ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف
المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والقرب الى السوق
والبعد عن السوق الداران اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة
عندهما كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم
احديهما في الاخرى وهو قسمة الجمع او دار وضيعة او دار وحانوت
قسم كل واحدة على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس وصحت القسمة
ان اتفق وكان الشركاء واقتسموا بينهم بالتراضي من غير القاضي
لولايتهم على انفسهم واموالهم الا عند صغر احدهم فيح
يحوج الى امر القاضي لقصور ولايتهم عنه وقسم نقله في ايدي
شركاء حضروا عند القاضي ويدعون انه ارثه يعني اذا كان المال
المشترك سوى العقار ادعوا انه ميراثهم قسم القاضي بينهم
بالاجماع باعترافهم علي انفسهم من غير اقامة بينة على الموت وعدد الورثة
واذا ادعوا شراءه او ملكه مطلقا قسم ايضا وهذا ظاهر وكذا
يقسم عقار يدعوا شراءه ويعترفون به وروي عن ابي حنيفة
في غير رواية الاصول ان القاضي لا يقسم بينهم فيسوي بين الشراء
والارث او ملكه مطلقا من غير سبب فان ادعوا ارثه اي العقار
عن فلان لا يقسم القاضي بينهم حتى برهنوا اي يقيم البينة على موته

وعدد ورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسم بينهم باقرارهم و
يذكر في صك القسمة انه قسمه باقرارهم لهما ان العقار في ايديهم
وهي دليل الملك وقد اخبروا بالارث من ابيهم والاصل في
اخبار المسلم الصدق والبينة انما تقام على المنكر ولا منكر ههنا
ولا منازع لهم فلا تفيد البينة وله ان الميت يصير مقضيا عليه
بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد من اقامة البينة
وهذا لان التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان
حقه يثبت في الزوائد التي تحدث ويقضي منها ديونه وينفذ
وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه
فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان هذا قضاء على الميت
بقطع حقه فلا بد من البينة واما النقلي فهو في معرض التلف
فيقسم وان ادعوا ارثه لان القسمة يفيد زيادة الحفظ فكان
القسمة للحفظ بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه عليه
التلف فلم تكن قسمته للحفظ بل كانت قسمته قضاء على الميت
بقطع حقه ولا يقسم ايضا ان برهنوا انه اي العقار معهم
في ايديهم واراد القسمة حتى يبرهنوا انه لهم لاحتمال
ان يكون لغيرهم اذ اليد في العقار ليس بدليل الملك وقيل

هذا اي عدم القسمة قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل
وهو الاصح في الهداية لان القسمة ضربان بحق الملك تكميلا للمنفعة
وبحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول ههنا لعدم الملك وكذا الثاني
للاستغناء عنه لان العقار محفوظ بنفسه ولا تقسم ايضا ان كان
شيء منه اي من العقار مع الوارث الطفل او الوارث الغائب
لان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شيء مما
كان في يده من غير خصم حاضر ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة
البينة وعدمها في الصحيح ولا يدخل الدراهم التي ليست من
التركة في القسمة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء صورته
دار بين الجماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل
بناء فاراد واحد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد
الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من
الارض ولا تكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء
من الدراهم الا برضاهم او جاز تعذر القسمة فحينئذ للقاضي
ذلك حتى اذا كان ارض وبناء يقسم بطريق القيمة عند ابي يوسف رحمه الله
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة فالذي وقع البناء
في نصيبه يرد على الاخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم ضرورة

وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه من العرصة في مقابلة البناء فاذا
بقي فضل ولا يمكن التسوية فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة
في هذا القدر وان قسم بينهم ووقع مسيل قسم او طريقه في قسم
اخر ولم يشترط ذلك في القسمة صرف المسيل او الطريق عنه ان
امكن الصرف وليس له ان يستطرق ويسيل في قسم اخر ولا
يمكن الصرف فسخت القسمة لان المقصود ههنا لم يحصل والا صورته
دار بين رجلين وفيها صفة وبيت وباب البيت في الصفة
ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما واصاب احدهما الصفة
وقطعة من الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة
من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء في ذلك وصاحب
البيت يقدر ان يفتح بابه في ما اصابه من الساحة ويسيل ماءه
في ذلك فاراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما
كان فليس له ذلك سواء شرط لكل واحد منهما ان له ما اصابه
بكل حق له او لم يشترط ذلك وان اقر احد المتقاسمين بالا
استيفاء ثم زعم وادعى ان بعض حصته في يد صاحبه غلطا
صدق بالحجة لانه يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب
لزوم العقد فلا يقبل قوله الا بالحجة فان لم يكن له حجة استحلف

الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا وحلفوا عليه
فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل واليمين جمع بين
نصيب الناكل والمدعي فيقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما اولا
وينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لانه متناقض وجه القبول
انه اعتمد على قسمة القاسم واقر بالاستيفاء ثم لما ظهر الغلط
في قسمة القاسم لا يوخذ بذلك الاقرار واذا قسمت الدار
والارض بين الورثة او المشترين فانكر بعضهم ان يكون استوفى
نصيبه وشهادة القاسمين اللذين تولا القسمة على استيفاء
حقه حجة مقبولة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رحمهما وقال محمد والشافعي رح
لا يقبل وهو قول ابي يوسف رح اولا وذكر الخصاف قول محمد رح مع قولهما
لمحمد انه شهد على قول نفسه فلا تقبل قلنا بل شهد على الاستيفاء وهو
فعل غيره وفسخت القسمة ان استحق بعض شاع في الكل وهذا با
الاتفاق لا يفسخ القسمة ان استحق بعض حصة احدهما شائعا كان
المستحق او معينا وهذه المسئلة على ثلثة اوجه الاول ان يستحق جزء
شائع من الكل فيفسخ القسمة اجماعا الثاني ان يستحق جزء
بعينه اما من الكل وهذه غير مذكورة في المتن واما من نصيب
احدهما فلا يفسخ اجماعا الثالث ان يستحق جزء شايع من نصيب

احدهما فلا يفسخ بل المستحق بالخيار ان شاء رجع بقسطه
على صاحبه وان شاء نقض القسمة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
يفسخ القسمة وهو قول محمد رح مضطرب ذكره ابو سليمان مع ابي
يوسف رح وابو حفص مع ابي حنيفة رح والاصح انه مع ابي حنيفة وصحت
المهايات وهي في لسان الشرع قسمة المنافع وهي جائزة في اعيان
المشتركة التي يمكن الانتفاع مع بقاء عينها في سكونة هذا احد
الشريكين بعضا من دار معين وهذا اي الشريك الاخر بعضا
اخر من هذه الدار وفي خدمة عبد واحد بانتهايا على ان يخدم
العبد هذا الشريك يوما ويخدم هذا الشريك الاخر يوما اخر
كسكنى اي كما صحت المهاياة في سكنى بيت صغير على ان يسكن هذا
الشريك يوما وهذا يوما اخر لان هذا المهاياة في سكنى بيت صغير
قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان والتهايو في الزمان
متعين ههنا وصحت المهايات في خدمة عبدين بان يخدم هذا
الشريك هذا العبد ويخدم الشريك الاخر العبد الاخر وهذا ظاهر
عندهما لانهما يجوزان قسمة الرقيق واما عند ابي حنيفة رح فلان
الخدمة من القيام بالحوائج والتفاوت في ذلك يقل بخلاف اعيان
الرقيق لانها يتفاوت تفاوتا فاحشا على مامر

كتاب الهبة

هي التبرع بما ينتفع به الموهوب له لغة يقال وهب له مالا و
قد يقال وهب مالا ويسمي الموهوب هبة تمليك عين بلا عوض
في شريعة واهلها اهل التبرع وهو المكلف ويصح بوهبت فانه
صريح في الهبة ونحلت اي اعطيت فانه يستعمل في التمليك بغير
عوض ونحوهما كاعطيت واطعمتك هذا الطعام وجعلت
هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا اي شيء
وهذه الالفاظ ايجاب ولابد من القبول لانها عقد وقيام
العقد بالايجاب والقبول وتتم الهبة بالقبض حتى لا يثبت
الملك قبل القبض وقال مالك رح يثبت في مجلسها اي مجلس
الهبة ولو وقع القبض بلا اذن الواهب لان القبض ههنا
بمنزلة القبول حيث توقف الملك عليهما وكما ان الايجاب منه
منه تسليطا على القبول فكذا يكون تسليطا على القبض وهذا
بخلاف ما اذا قبض بعده اي بعد المجلس فانه لم يجز الا
باذن الواهب ولا تصح الهبة في شيء مشاع يحتمل ان يقسم
وتصح فيما لا يحتمل ان يقسم وقال الشافعي رح تصح ونعني بما
لا يحتمل القسمة لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع
الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب

ونعني بما يقسم ان يبقى منتفعا به قبل القسمة وبعدها
والاصل ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته
فانه لا يحتمل القسمة فان قسم المشاع المحتمل للقسمة وسلم
صح لان التمام بالقبض والشيوع زال عند القبض وكذا اي
كهبة المشاع هبة لبن في ضرع ونحوه كصوف على ظهر غنم
وزرع ونخل في ارض وتمر على نخيل فان الهبة لا تصح في
هذه الاشياء ولذا استخرج اللبن وسلم وقطع الزرع والنخل
والتمر وسلم يصح لان عدم الصحة لاتصال الموهوب بما ليس
بموهوب مع امكان الفصل واذا منع القبض كالمشاع
لا تصح هبة دقيق في بر ودهن في سمسم وان طحن البر
وسلم الدقيق واخرج الدهن وسلم لان الموهوب معدوم
فان الدقيق يحصل بالحنطة والطحن والدهن بالسمسم والعصر
الا ان الطحن والعصر اخرجهما فيضاف الموجود اليهما وهبة
ما مع موهوب له اي اذا كانت العين الموهوبة في يد
الموهوب له وديعة او عارية او امانة او غصبا فالهبة
تامة ويثبت الملك بمجرد العقد بلا قبض جديد كهبة
الاب لطفله فانها تامة بمجرد قوله وهبت لان الموهوب

في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ان يكون في يد الاب او
يد مودعه وكذا اذا وهب للطفل ابيه شيئا وهو في عيالها وابوه ميت
واوصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة قبض الاب لو كان حيا
وقبضه اي قبض الطفل عاقلا وقبض من يربيه وقبض الزوج كا
الاخ والعم وكذا الاجنبي وهو اي الطفل معه اي مع مربيه
وقبض الزوج للزوجة الطفل بعد الزفاف معتبر خبر لقوله وقبضه
في هبة الاجنبي له اي للطفل لانه يتمحض نفعا له وقال الشافعي رح
لا يجوز قبض الصغير العاقل بنفسه وصح هبة اثنين دار الواحد
لانهما سلما معا اليه جملة وهو قد قبضها جملة فلا يحل فيه
الشيوع اذ المانع من الشيوع عند القبض لا عند العقد وعكسه
ان وهبها واحد لاثنين لا يصح عند ابي حنيفة رح وعندهما يصح
لانه تمليك واحد فلا يتحقق الشيوع وله ان الملك يثبت على
الشيوع في النصف لهذا وفي النصف لهذا بالاجماع والقبض
لا يتحقق في المشاع كتصدق عشرة دراهم على غنيين فانه لا يصح
عند ابي حنيفة رح وعندهما يصح لانه تمليك واحد كما في هبة دار
الاثنين على ما مر انفا وله ان التصدق على غنيين يراد به
الهبة مجازا والملك يثبت للغنيين على الشيوع والقبض لا يتحقق في

المشاع

المشاع وصح تصدق عشرة دراهم على فقيرين بالاتفاق لان التصدق
على الفقير يراد به وجه الله تعالى اذ التصدق يقع لله ولهذا لم
يكن فيها رجوع قال النبي صلى الله عليه وسلم الصدقة يقع في كف
الرحمن قبل ان يقع في كف الفقير وانما يقع للفقير نيابة عن الله تعالى
بحكم الرزق الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتمكن الشيوع
فيها فيصح كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة
عن الموهوب له ويصح الرجوع عنها اي عن الهبة وقال الشافعي رح
لا يصح الا في هبة الوالد لولده لانه عقد تمليك فيجب ان يلزم كا
البيع وانما يثبت حق الرجوع فيما بين الوالد والولد لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولنا قال النبي صلى الله
عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب اي لم يعوض وهذا
لان المقصود بالهبة للاجانب العوض عادة ولهذا يقال للايادي
قروض والمعروف كالمشروط والمراد برجوع الاب انه اذا احتاج
الى ذلك يتملكه فان الاب يتفرد بالاخذ من مال الابن لحاجته
وسمي رجوعا باعتبار الظاهر ولا يصح الرجوع الا بتراض او حكم
قاض لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو
القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما ويمنعه اي الرجوع

زيادة متصلة بالموهوب كالغرس والبناء والسمن لان
الرجوع انما يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح
الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل دون الزيادة
ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة امة فولدت عند
الموهوب له فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع
في الاصل دون الزيادة ممكن وموت احدهما اي الواهب و
الموهوب فلان النص اوجب حق الرجوع للواهب دون
غيره وعوض اضيف اليها بان قال الموهوب له للواهب خذ هذا
عوضا عن هبتك او ما شاكله فقبضه الواهب ولو وهب
للواهب شيئا و لم يقل هذا فلكل واحد منهما ان يرجع فلو كان
العوض من اجنبي متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع
ايضا وخروجها عن الملك الموهوب له بان باع الهبة او وهبها
الاخر والزوجية لانها نظير القرابة القريبة بدليل جريان التوارث
بينهما بلا حجب وقت الهبة حتى لو وهب لامراة ثم نكحها له
ان يرجع ولو وهب لامراته هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع
وقرابة المحرمية لقوله عليه الصلوة والسلام اذا كانت الهبة
لذي رحم محرم لم يرجع فيها وهلاك الموهوب لتعذر

الرجوع بعده ولو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف
وضابطها اي ضابط الموانع حروف دمع خزقه فالدال الزيادة
والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج من ملك
الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب
وقد قيل ومانع عن حق الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف
دمع خزقة وهو اي الرجوع مع التراضي او قضاء القاضي
فسخ الهبة من الاصل فيعود الملك القديم للواهب لا هبة
للواهب حتى لا يشترط قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال
الملك لا في عود الملك القديم وصح الرجوع في المشاع وقال زفر لم
الرجوع بغير قضاء بمنزلة الهبة المبتداء وهي اي الهبة بشرط
العوض بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده له
هبة ابتداء فشرط قبضهما اي قبض الواهب والموهوب له
للعوضين على ان يكون المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول
ويبطل بالشيوع فان وهب شقصا مشاعا بشرط العوض لا يجوز
بيع انتهاء حتى اذا تقابضا صح العقد وصار في حكم المبيع فيرد
بالعيب وخيار الروية و يثبت به الشفعة في العقار وقال
زفر والشافعي لم ينعقد بيعا ابتداء وانتهاء حتى يثبت الملك

بمجرد العقد ولا يبطله الشيوع لان هذا التصرف معاوضة
معنى ولنا ان فيه جهتين وما اشتمل على جهتين يجب الجمع
بينهما ما امكن فتوفير على الشبهين حظهما وان وهب
جارية واستثنى الحمل او شرط في الهبة ما يفسد البيع كشرط
ان يردها الموهوب له عليه بعد حين او يعتقها او يستولدها
بطلا اي الاستثناء والشرط وصحة الهبة اما بطلان الاستثناء
فلانه لا يصح الا فيما لا يصح افراده بالعقد والحمل مما لا يصح افراده
بعقد الهبة فلهذا لا يصح استثناؤه واما بطلان الشرط فلمنافاته
ما يوجب العقد واما صحة هبته فلانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة بل العقد يصح والشرط يبطل لان الملك في الهبة معلق
بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط
الفاسدة لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان
يجعل عدما وان اعتق الحمل ثم وهبها اي الام صحت الهبة
وان دبره اي الحمل ثم وهبها لا تصح الهبة في الام والفرق
ان التدبير لا يزيل ملك المدبر فالموهوب متصل بموهوب ليس
في الملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة
شيء مشغول بملك الواهب فلم يجز اما الاعتاق فيزيل ملك

المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير
متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فيجوز فصح العمرى و
هي في الاصل مصدر وفي العرف جعل داره له اي للمعمر مدة
عمره بشرط ان يرد الدار على الواهب اذا مات المعمر له فيصح
التمليك ويبطل الشرط ويكون الدار له حال حيوته ولورثته
بعد مماته والاصل ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد لما ذكرنا فتكون
الهبة جائزة والشرط باطل ولا تصح الرقبى وهي في الاصل مصدر
بمعنى الرقوب وفي العرف ان مت قبلك فهي اي الدار لك
وسمي رقبى وهي المراقبة والانتظار لانه يراقب كل واحد منهما
موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان
مت فهي لك وان مت فهي لي وهي باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رحمه
هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون
كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك فكانه هذا تعليق
التمليك بالخطر وموت المملك قبله وذا باطل واذا لم
تكن هبة عندهما تكون عارية لانه اطلق له الانتفاع والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض لانها تبرع كالهبة ولا في شائع يقسم

كما اذا تصدق بنصف الدار ولكن لا عود اي لا رجوع فيها
اي في الصدقة لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل
فلا يرجع ولو تصدق على غني او وهب بفقير لا يرجع اعتبارا
للفظ في المسئلة الاولى وللمعنى في المسئلة الثانية وحق الرجوع
ضعيف فاذا وقع الشك في ولاية الرجوع لا يرجع بالشك ومن
اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما
الرجوع واعلم ان العدل والتسوية بين الابن والبنت في الهبة
عند ابي يوسف رحمه الله لقوله عليه الصلوة والسلم سووا بين اولادكم
حتى في القبلة ولو كنت مفضلا احدا لفضلت الاناث وعند
محمد رحمه الله ان يسوي بينهما على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين
هي لغة اسم للاجرة وهي كرى الاجير من
آجرت مملوكي او جرته ايجارا فهو موجر لا من آجر مواجرة
فلا يقل مواجر فانه خطاء وشرعا بيع نفع معلوم بعوض كذا
اي معلوم دين كالنقود والمكيل والموزون او عين كالعبيد
والثياب ثم اعلام العوض ان كان من النقود بيان النقد وبيان
الصفة انه جيد او وسط او ردي وان كان العوض مكيلا او
موزونا او عدديا متقاربا فاعلامها ببيان القدر

متفاوتا

ويحتاج الى مكان الايفاء ان كان له حمل ومونة عند ابي حنيفة رحمه الله
وان كان عرضا او ثوبا يشترط فيه شرايط السلم وفي هذا كله ان كانت
الاجرة عينا فاعلامها بالاشارة ويعلم النفع بثلثة اشياء
بذكر المدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد
على مدة معلومة وان طالت لان المنافع يحدث شيئا فشيئا
فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة لكن في الوقف لا يصح فوق
ثلث سنين في الصحيح لئلا يدعي المستاجر ملكها قيل والحيلة
لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد وا عقودا متفرقة
كل عقد على سنة فيكون الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف
كذا في الذخيرة وبذكر العمل وذا ببيان محله كصبغ الثوب او
خياطة او استيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او باشارة
وتعيين كنقل هذا الطعام مثلا الى ثمه او موضع معلوم ولا يجب
تسليم الاجرة بالعقد اي بنفس العقد عينا كانت او دينا وقال
الشافعي رحمه الله يملك بنفس عقد فان كان المذكور خياطة لغطا ان يستعمل
غيره لان المستحق عليه عمل في ذمة ويمكن ايفائه بنفسه وباستعانة
بغيره كايفاء الدين فان قيد بان شرط ان يخيط بيده او بنفسه لا
يكون له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه عمل مخصوص فيتحقق عليه فلا غرم ولا جد له بخلاف الحمل والمل

فيتعين اللبث ... فيصير الاجر للدار ... الايام والارض لكل ... والدابة لكل مرحلة وللقصارة والخياطة اذا تمت وللخبز بعد اخراجه من التنور فاذا احترق بعد ما اخرجه فله الاجر ولا غرم ... فيهما وللطبخ بعد الغرف والضرب ... اللبن بعد اقامته ... ويحبس العين ... للاجر من ... ملكه بها كالصباغ ... فان حبس فضاع

الملك له ... العمل ان ... يستعمل ... غيره فان ... قيد بيده

ومن استاجر اجيرا ليذهب الى البصرة ويجيئ بعياله المعلومين
كله لاجير المجيئ بعياله ان مات بعضهم وجاء بمن بقي اجرة
بحسابه وهذا اذا قلت مؤنة الباقين بموت من مات و
اما اذا لم تنتقص المؤنة بان مات الكبار مثلا فله كل الاجر
وان استاجر حامل كتاب او زاد ليذهب به الى زيد
بالبصرة باجر ويجيئ بجواب الكتاب ان ذهب ورده اي
الكتاب او الزاد لموته اي لموت زيد فلا شيئ له عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما وقال محمد رحمه له اجر الذهاب لا اجر المجيئ و
الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد رحمهما وغيره ذكره مع
ابي حنيفة رحمه وذكر الذهاب بالكتاب يشير به الى ان هذا الحكم
فيما استاجره بالذهاب بشيئ ليس له حمل ومؤنة وكذا المجيئ
بالجواب لانه لم يشترط عليه المجيئ بالجواب وترك الكتاب ثمه
فيما اذا كان ميتا فانه يستحق الاجر كاملا وعند زفر وان استاجر
ليذهب بالطعام فرده له الاجر وصح استيجار دار او دكان
بلا ذكر ما يعمل فيه بان قال استاجرت هذه الدار وهذه الدكان
سنة ولم يقل للسكنى لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو
السكنى فله كل عمل نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع

المتاع

المتاع وغير ذلك سوى ما يوهن البناء كالقصارة والطحن و
الحدادة لان ذلك يضر بالبناء فليس له ان يفعله الا برضا المالك
لا يصح استيجار ارض للزراعة حتى يسمي ما يزرعه لان الارض تارة
يستاجر للزراعة وتارة للبناء والغرس وغيرهما وما يزرع
فيها متفاوت وبعضه يضر بالارض فما لم يبين شيئا من ذلك
لا يصير المعقود عليه معلوما او يعممه بان يقول على ان يزرع
ما شاء وحتى تكون الارض خالية عن الزراعة حتى يتمكن من
الانتفاع فان استاجرها للبناء فيها او الغرس فيها نخلا او شجرا
صح لان هذه المنفعة مقصودة بالارض فاذا انقضت المدة
لزم المستاجر ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه
ليس لبنائها مدة معلومة فلو لم يقلعها يتضرر رب الارض بخلاف
ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يدرك حيث
يترك باجر المثل في يده الى ان يستحصد لان للزرع
غاية معلومة فكان في التاخير مراعاة الحقين الا ان يغرم الموجر
للمستاجر قيمته اي قيمة البناء او الغرس مقلوعا وان يتملكه
هذا بمنزلة التفسير لقوله يغرم بلا رضا المستاجر ان نقص
القلع الارض لانه يتضرر الموجر بنقصان ارضه فله ان يحتاط

التملك بلا رضاء المستاجر لانه لا ضرر للمستاجر بعد ما اعطا
الموجر قيمة البناء والغرس ويتملكه برضاء المستاجر لان البناء
والغرس له ولما لم ينقص القلع الارض كان له ان لا يرضى بتملكه
الموجر ويقلع البناء او الغرس او الا ان يرضى الموجر بتركه
اى بترك البناء او الغرس في الارض لان الحق له فله ان لا ياخذ
واذا ترك فيكون البناء او الغرس لهذا اى المستاجر والارض
لهذا اى للموجر وعلى تقدير رضاء الموجر بالترك للمستاجر
ان يقلع البناء او الغرس ان لم ينقص القلع الارض وهذا ظاهر
والرطبة كالشجر فاذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة
قلعت الارض الرطبة لانه ليس لانتهائها غاية معلومة
فصارت كالشجرة واذا استاجر الدابة ليحمل عليها مقدارا
وزاد على ما ذكر فعطبت ضمن الحصة بالزيادة على حمل ذكر
لان تلف الدابة بالثقل والثقل ينقسم فعشرة اجزاء مثلا
ماذون فيه وجزء واحد غير ماذون فانقسم عليهما هذا
ان اطاق هذه الدابة مقدار هذا الحمل ويضمن كل القيمة
ان لم يطق مثل هذه الدابة هذا الحمل لانه خارج عن العادة
فلم يكن ماذونا اصلا

فصل في الاجارة الفاسدة

يفسدها

والمكوث

شروط يفسد البيع وكل شرط مخالف لموجب العقد فهو مفسد
للعقد لان الاجارة تنبت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط
كالبيع مثلا ان يستاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر
عليه فهذا الشرط مخالف لموجب العقد لان موجب العقد ان لا يجب الاجر
الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه واذا ظهر الفساد فيجب على
المستاجر اجر المثل لكن لا يزاد على المسمى اى الواجب الاقل من
المسمى واجر المثل وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب اجر المثل بالغا ما
بلغ لان المنافع متقومة عندهما فاذا تعذر ايجاب المسمى للفساد
يجب المصير الى القيمة كما في البيع الفاسد ولنا ان المنافع غير متقومة
بنفسها وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة
الناس وقد اسقط المتعاقدان الزيادة وصح اجارة دار كل شهر
بكذا بيان المدة في شهر واحد فقط وفسد في بقية الشهور لانه لا
يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى
والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى واذا تم الشهر الاول
كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة وكذا صح الاجارة في كل شهر
سكن ساعة في اوله ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي
الشهر الداخل لانه يتم العقد ثانيا في اول شهر ثاني كما ان ليس

يثبت بتراضيهما في التعاطي وهذا عند بعض المشايخ المتاخرين
فانه حين يهل الهلال لكل واحد منهما حق الفسخ فاذا مضي ادني
زمان لزم العقد وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما حق الفسخ
في الليلة الاولي من الشهر الداخل مع يومها لان ذلك راس
الشهر وفي اعتبار ان روية الهلال حرج فان سمي في اجارة
الدار كل شهر بكذا اول المدة فان قال اجرت من رمضان فذلك
اي المسمي اول المدة والا يسمي اول المدة بان قال اجرت كل شهر بكذا فوقت
العقد اي اول المدة وقت العقد فان كان وقع العقد حين يهل الهلال
اعتبر الاهلة في الشهور كلها لان الاهلة اصل في الشهور وان لم يكن
العقد حين يهل بل يكون في اثناء الشهر فالايام معتبرة في كل الشهر
فيعتبر في كل شهر ثلثون يوما عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح
وعن محمد رح يعتبر الشهر الاول بالايام والثاني بالاهلة وهو رواية
عن ابي يوسف رح فان اجر الدار مثلا سنة في عاشر ذي الحجة
تقع الاجارة عند ابي حنيفة رح علي ثلاث ماية وستين يوما فيتكرر
عند الاضحي في السنة التي جعلها المتعاقدان سنة اجارتهما
كما اذا قال اجرت هذه الدار سنة السنة التي هي ثلثمائة وستون
يوما فانه يتكرر عند الاضحي في السنة الشرعية وعند محمد رح الشهر الاول

بالايام وهو ثلثون يوما فذو الحجة ان تم علي ثلثين يوما فالسنة
يتم علي عاشر ذي الحجة وان تم علي تسعة وعشرين يوما فالسنة
يتم علي الحادي عشر من ذي الحجة ويتكرر عيد الاضحي كما ذكرنا
العدة للطلاق في حق المراة التي ليست من ذوات الحيض وصح
اجارة الحمام واخذ اجرته لتعارف الناس وما فيها من الجهالة
ساقط الاعتبار للحاجة الضرورية وكذا صح اجارة الحجام لانها
اجارة علي عمل معلوم باجر معلوم وقوله عليه الصلوة والسلم
ان من السحت كسب الحجام منسوخ فانه عليه السلام احتجم
واعطي الحجام اجرته ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما
لا يحل اكل الحرام لا يحل دفعه لغيره وصح اجارة الظئر مدة معلومة
باجر معين لان الحاجة ماسة اليه اذ الصغير لا يتربى الا في اللبن
الادمية والام قد تعجز من الارضاع بمرض او غيره فلا يحصل
المقصود الا باستيجار الظئر وصحت بطعامها وكسوتها عند
ابي حنيفة رح وعندهما وهو قول الشافعي رح لا يصح وهو القياس
لان الاجرة مجهولة وله ان الجهالة انما تفسد العقود لما انها
تفضي الي المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي الي المنازعة لان العادة
بين الناس التوسعة علي الاظآر لان منفعة ذلك ترجع الي

اي وان لم يسم

الحجام لند

ظئار له

الاولاد وللزوج وطيها لحكم عقد النكاح لا في البيت المستاجر
لان البيت ملكه فله منع الزوج وله اي للزوج في نكاح ظاهر
معروف بين الناس فسخها اي فسخ الاجارة ان لم ياذن الزوج
بها لان هذه الاجارة يوجب خللا في حق الزوج لا يكون للزوج
فسخ الاجارة ان لم يكن النكاح معروفا بل اقرت الظئر بنكاح
لان عقد الاجارة لزمها واقرارها بالنكاح غير مقبول في حق
من استاجرها ولاهل الصبي فسخها اي فسخ الاجارة ان
مرضت الظئر او حبلت لان لبن المريضة والحامل يضر حبلت
بالصبي وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه واصلاح طعامه
كالمضغ ودهنه لان العادة ان الظئر هي التي تتولى ذلك
وعلى ابيه الاجر اي اجر الظئر وثمنها اي ثمن الطعام والثياب
والدهن فان ارضعته في المدة بلبن شاة او غذته بطعام
ومضت المدة فلا اجر لها لان الاجارة وقعت على الارضاع
وهذا ليس بارضاع ولم تصح الاجارة للعبادات كالاذان
والامامة وتعليم القران والفقه والمذهب عندنا ان كل
طاعة يختص بها المسلم فان الاستيجار على ذلك باطل وعند
الشافعي يصح كل ما لا يتعين على الاجير اقامته والاستيجار عليه

ويفتى اليوم بصحتها لان المنع في ذلك الزمان لرغبة الناس
في التعليم حسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان
بلا شرط وفي زماننا قد زال المعنيان ففي الامتناع عنه يضيع هذه
الامور قال مشايخنا يجبر الاب عن دفع الاجر الى الاستاذ وكذا يجبر
على الحلوة المرسومة وهي بفتح الحاء غير المعجمة هدية يهدى
الى المتعلمين على رؤس بعض السور سميت بذلك لان العادة
اهداء الحلاوى ولا تصح الاجارة للمعاصي كالغناء والنوح
وساير الملاهي كالمزمار والطبل لان الاستيجار على المعصية باطل
ولا تصح لعسيب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله
عليه الصلوة وآله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد
اخذ اجرته ولا تصح اجارة المشاع الا من الشريك عند ابي حنيفة
وزفر رحمهما فيما يقسم وفيما لا يقسم وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
يجوز صورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة
من غير الشريك او يوجر نصف عبده او نصف دابته وذكر في المغني
ان الفتوى في اجارة المشاع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما ولا تصح اجارة
الرحى ليطحن ببعض دقيقه مثل قفيز منه وهذا يسمى قفيز الطحان
وقد نهى النبي عليه الصلوة وآله وسلم عن قفيز الطحان وهو ان

يستاجر رجلا او ثورا او رحى ليطحن حنطة هذه ببعض دقيق
منها ولان المسمى غير مقدور التسليم فان المستاجر عاجز عن تسليمه
وانما يصير مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرا قبل حصوله ونحوه
مثل ما اذا دفع الى حائك غزلا لينسج له بالنصف او بالثلث او استاجر
رجلا ليحمل له طعاما بقفيز منه او استاجر حمارا ليحمل عليه طعاما
بقفيز منه فهذه الصور في معنى قفيز الطحان ولا يصح الجمع بين الوقت
والعمل مثل ان يستاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة الامنان اليوم
بدرهم او ليخيط له ثوبه اليوم بدرهم وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
يصح لان المعقود عليه العمل وذكر الوقت للتعجيل ولو لم يفرغ في اليوم
فعليه ان يعمل في الغد ولو فرغ نصف النهار فله الاجر كاملا وله
ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة
اذ الوقت لتقدير العمل يجب الاجر بتسليم النفس اليوم وان لم يعمل كما
في اجير الرجل الواحد وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل فلا يجب
الاجر الا بالعمل لان العمل هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه تفضي
الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول
منافعك في بقية اليوم حقي باعتبار تسمية الوقت واما اذا لم يفرغ
من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى عقد

بانتهاء

بانتهاء المدة وعن ابي حنيفة رح انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي
عملا لانه للظرف وهو لا يقتضي استيعاب المظروف **فصل**
الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله فا
لمعقود عليه في حق الوصف الذي يحدث في العين فلا يحتاج الى
ذكر المدة يستحق الاجر بالعمل لان المعقود عليه هو العمل وله ان
يعمل للعامة ولذا سمي مشتركا كالقصار ونحوه كالصباغ والا
سكاف والمتاع امانة عنده لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة
وزفر رح والحسن بن زياد سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كا
لسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالحرق والغرق
الغالب والغارة الغالبة والمكابرة وقالا ان هلك بامر يمكن التحرز
عنه يضمن وقالا ان هلك بامر يمكن التحرز عنه ضمن وان شرط
عليه الضمان به يفتى وهو قول الفقيه ابي الليث وقيل يضمن اذا
شرط الضمان عليه لان الاجر كانه في مقابلة العمل والحفظ وصار كا
الوديعة التي يكون باجر وفي الاسرار ان المتاخرين اختاروا
الفتوى بالصلح عن نصف القيمة بل يضمن ما تلف بعمله كتخريق الثوب
بدقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل
وغرق السفينة من مده وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه

لانه مادون عليه في العمل ولنا انه مادون في العمل المصلح
لان الاذن يثبت بالعقد والعقد على العمل المصلح الا انه لا
يضمن الادمي مما غرق بسبب مدة السفينة او سقط من الدابة
وان كان بسوقه او قوده لان ضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب
بالجناية الا يرى انه يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة
ان لم يجاوز العمل المعتاد فاذا تعدى وتجاوز المعتاد يضمن دية
الآدمي والاجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه ولا
يصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او المسافة ويستحق الاجر
بتسليم نفسه مدته اي مدة الاستيجار مع التمكن من العمل وان
لم يعمل اما اذا امتنع من العمل لم يستحق كالاجير المستاجر لرعي
الغنم او الخدمة شهراً وقد يسمى اجيراً وحداً لانه لا يمكنه ان يعمل
في تلك المدة لغيره واعلم انه اذا استاجر ليرعى غنمه بدرهم شهراً
فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيري ولا يضمن
الاجير الخاص ما هلك في يده امانة بان سرق او غصب لان العين
في يده بالاجماع او هلك بعمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق
الثوب من دقه لانه لما سلم له نفسه صار عمله كعمل رب المال
فكانه فعل بنفسه فلا يضمن وهذا اذا لم يتعمد الفساد اما اذا تعمد

ثم يصير اجير وحد وان ذكر المدة اولا بان استاجر شهرا ليرعى غنمه بدرهم يصير اجيرا وحدا الا اذا نص بقوله ويرعى غنم غيره صح

الفساد فيضمن بالتعدي وان ردد المستاجر الاجر بترديد العمل
بان قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا بدرهم وان خطته
روميا فبدرهمين او قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان
صبغته بزعفران فبدرهمين صح وجاز الشرطان ويجب الاجر ما عمل
وعند زفر والشافعي رحمهما الله لم يجز الشرطان وكذا يجوز اذا ردد بين ثلثة
اشياء وان ردد بين اربعة اشياء لم يجز والاصل في جميع ذلك البيع
والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه اذا باع احد العبدين لم يصح
الا بشرط الخيار وفي الاجارة لم يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل
فاذا شرع في احد العملين ارتفعت الجهالة وفي البيع يستحق
الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة المفضية الى المنازعة على واحد
لا يرتفع الا باثبات الخيار وان ردد المستاجر في عمله اي الموجر
اليوم او غدا بان قال للخياط ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته
غدا فبنصف درهم صح الشرط الاول وفسد الشرط الثاني فله
اي للموجر ما سمي ان عمل اليوم فلو خاطه اليوم فله درهم وله
اجر مثله ان عمل وخاط غدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح ان الشرطين جائزان وقال زفر رح الشرطان فاسدان
لانه اجتمع في اليوم والغد تسميتان تفسد العقد كما لو قال

خطه اليوم بدرهم او بنصف درهم وكذا الغد اما في اليوم فلان
المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان ذكر الغد للترفية لا للتعليق واما
في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق في الغد لان ذكر اليوم للتعجيل
لا للتوقيت ولهما ان الثابت في كل واحد من الوقتين تسمية
واحدة فيجوز العقدان ولابي حنيفة ان العقد المضاف الى الغد لم
يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا في
اليوم والعقد المضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع في الغد تسميتان
درهم او نصف درهم فيكون الاجر مجهولا ولا يجاوز اجر المثل المسمى
اي اجر المثل ان كان زايدا على نصف درهم لا يجب الزيادة لانه هو
المسمى في الغد ولا يسافر بعبد مستاجر للخدمة لان خدمة السفر
اشق من خدمة الحضر الا بشرط ذلك **فصل** يفسخ الاجارة بعيب
اخل بالنفع لان المعقود عليه في الاجارة المنافع فصار كما اذا حدث العيب
في المبيع كدبر الدابة ومرض العبد ولا ينفسخ الاجارة ولكن للمستاجر
حق الفسخ فلو انتفع المستاجر حق الفسخ بالمعيب او ازيل العيب
سقط خياره اي خيار المستاجر وتفسخ الاجارة بخيار الشرط كمن
استاجر دارا على انه بالخيار ثلثة ايام فشرط الخيار يصح وله
حق الفسخ ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعي

لا يصح شرط الخيار في الاجارة وبخيار الروية وتفسخ بالعذر خلافا
للشافعي ره وهو اي العذر لزوم ضرر لم يستحق بالعقد كسكون
وجع ضرس استوجر لقلعه فانه لو لم يفسخ العقد يقلع السن الصحيح
وفيه ضرر ولحوق دين بعيان او ببيان من الموجر او اقرار لا يقضي
ذلك الدين الا بثمن ما اجر فان من اجر دكانا ثم افلس ولزمه دين ولا
مال له سواه فهذا عذر يفسخ به الاجارة لان في بقاء العقد ضررا
بالعقد وهو الحبس في الدين وسفر مستاجر عبد للخدمة مطلقا فان
الاستيجار للخدمة مطلقا يتقيد بالخدمة بالمصر او في المصر فان
قال مالك العبد لا تسافر فالمستاجر ان يفسخ اذا اراد ان يخرج العبد
فللمالك الفسخ اما ان رضي المالك بخروج العبد فليس للمستاجر
حق الفسخ وافلاس مستاجر دكان في السوق ليتجر فيه فهذا عذر وله
ان يفسخ الاجارة لانه استاجر للانتفاع به وهو يتضرر ببقاء العقد
بعد ما افلس وافلاس خياط استاجر عبد الخيط معه فترك عمله لانه
عجز عن المضي على العقد بالافلاس فان قيل الخياط يتوصل الى الخياطة
بالخيط والمقراض ولا يعجز عن اكتسابها فكيف يتحقق افلاسه قلنا
تاويل المسئلة في خياط يعمل لنفسه في ثياب نفسه ثم يبيع الثياب كما
هو عرف اهل الكوفة لا بخياط الذي يعمل للناس لنفسه على ان هذا الخياط

قد يعجز عن العمل بان يظهر خيانة عند الناس فيتحامون عن

معاملته وتسليم العمل اليه كذا بدا لمكترى الدابة اى من استاجر

دابة ليسافر عليها ثم ندم واراد ان يقعد (ازرفتن نمانه) عن السفر فهو عذر

في فسخ الاجارة لان العقد من طرفه تابع لمصلحة السفر وعسى يتعذر

عليه السفر لهلاك اسبابه او بفوات مقصوده فربما يكون مقصوده

الحج او طلب الغريم او التجارة فذهب وقته او حضر غريمه او حصلت

تلك التجارة بخلاف بدا المكاري فان العقد في طرفه ليس بتابع

لمصلحة السفر لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير سفر بان يبعث

غلامه او تلميذه مع دوابه وبخلاف ترك خياطة مستاجر

عبدا ليخيط وانما ترك ليعمل في الصرف فانه ليس بعذر لانه

يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل

للصرف في ناحية اخرى من الدكان اما لو استاجر دكانا ليبيع

فيه الطعام فبدا له ان يقعد في سوق الصيارفة فهذا عذر لان

التجارة الاولى ربما لحقه فيها خسران والعمل بالامرين بنفسه

متعذر فجعل عذرا وفي مسالتنا العمل بالامرين ممكن لان

العامل شخصان وبخلاف بيع ما اجره اي من اجر عبدا ثم باعه

فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته

وهكذا ان يعود

يعني كنجد ازروئ

الاسترباح وانه امر زائد وينفسخ الاجارة بموت احد عاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي رح لا تنفسخ بموتهما ولا

بموت احدهما فان عقدها بغيره فلا تنفسخ لبقاء من يعقد له

كالوكيل والاب والوصي ومتولي الوقف فان عقد الاجارة منتقل

الى الغير فبموت هولاء لا تنفسخ الاجارة واذا مات احد المستاجرين

او احد الموجرين تنفسخ الاجارة في نصيبه وبقيت الاجارة في نصيب

الحي وقال زفر رح يفسد في نصيب الحي ايضا لانه اجارة المشاع و

لو كان الشيوع مقارنا للعقد يمنع صحة العقد فاذا طرا عليه افسده

ولنا ان شرط العقد يشترط عند حدوث العقد لا عند بقائه ولو قال

المالك لغاصب داره فرغها والا فاجرتها كل شهر كذا درهما

فسكت الغاصب ولم يفرغ الدار فسكوت الغاصب رضا بالاجارة يجب

عليه المسمى لان المالك اذا عين الاجرة والغاصب سكت رضي بها انعقد

بينهما اجارة شرعا اما اذا جحد الغاصب ملكه لا يجب شيء وان اقام

المالك البينة بعد جحود الغاصب انه ملكه لانه اذا جحد ملكه

لم يكن راضيا بالاجارة وكذا لا يجب شيء اذا اقر الغاصب بملك

المالك لكن قال لا اريد بهذا الاجرة وصح الاجارة وفسخها و

والمزارعة والمساقاة والوكالة والكفالة وشركه المضاربة و

تفويض القضاء والامارة والايصاء اي جعل الغير وصيا والو
صيه والطلاق والعتاق والوقف مضافة مما يصح اضافتها
الي الزمان المستقبل اربعة عشر كما قال في المحرم اجرت هذه الدار
من غرة رمضان الي سنة بكذا فيكون مبدا الاجارة الوقت المستقبل
لا البيع واجازته بان باع الفضولي عبد رجل فقال المالك اذا
جاء الغد فقد اجزت البيع وفسخه والشركة والقسمة والهبة
والنكاح والرجعة والصلح عن مال واما الصلح عن دم العمد فتصح
اضافته وابراء الدين فيما لا يصح اضافتها الي الزمان المستقبل عشرة

كتاب العارية

اصلها عورية فعلية منسوبة الي العارة اسم من الاعارة
واخذها من العار والعيب يقال استعرت منه الشيء فاعارنيه
واستعرته اياه علي حذف الجار كما في المغرب وقيل هي مشتقة من التعاور
وهو التناوب كانه يجعل الغير نوبة في الانتفاع بملكه علي ان تعود النوبة
اليه بالاسترداد متي شاء وهي شرعا تمليك نفع بلا عوض وقال
الشافعي والكرخي هي اباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة وثمرة الاختلاف
تظهر في اعارة المستعير عندهما لا يعير لانها اباحة وعندنا يعير لانها
تمليك وتمليك المنفعة بلا عوض عارية وبعوض اجارة وتمليك العين
بلا عوض هبة ومع عوض بيع وتصح الاعارة باعرتك فانه صريح فيها

ومنحتك

ومنحتك هذا الثوب المنح في الاصل ان يعطي الرجل ناقة او شاة يشرب
لبنها ثم يردها اذا ذهب درها فيحمل علي العارية نظرا الي الاصل و
اطعمتك ارضي فان الاطعام اذا نسبت الي الارض يراد اكل غلتها وحملتك
علي دابتي فان الحمل هو الاركاب ويراد به العارية عرفا واخدمتك
عبدي فانه اذن في استخدام عبده وداري لك سكنى فداري لك
مبتدا وخبر وسكنى تمييز اي سكنى داري لك فيكون عارية وداري
لك عمري سكنى فعمري مفعول مطلقا لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك
عمري والعمري جعل دارك لاحد مدة عمره وعمري سكنى ويرجع المعير
في العارية متى شاء لقوله عليه السلام العارية مردودة ولا يضمن
بلا تعد ان هلكت سواء هلكت من استعماله او لا من استعماله وقال
الشافعي ان هلكت من استعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا
نتفاع في حالة الاستعمال يضمن ولا يوجر العارية لانها غير لازمة
في الاصل والاجارة لازمة فان اجارها المستعير فعطبت ضمنه اي ضمن
المستعير المعير ولا يرجع المستعير علي احد لانه ظهر بعد الضمان انه اجر ملك
نفسه وعطبت فلا يرجع علي المستاجر او ضمن المعير المستاجر لانه قبض
مال الغير لنفسه بلا اذنه ويرجع المستاجر علي موجره اذا لم يعلم
المستاجر انه كان عارية في يد الموجر دفعا الضرر الغرور عن نفسه

تمييز

وان علم بكونها عارية في يد الموجر لم يرجع عليه لانه لم يوجد العزور

ويعار ما اختلف استعماله كما اذا اعار ثوبا للبس او دابة للركوب فان الناس

يتفاوتون في اللبس والركوب فلبس القصار والدباغ لا يكون كلبس الصراف

والبزاز وركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي او لا يختلف استعماله

كما اذا اعار دابة للحمل ففي هذين الوجهين للمستعير ان يعير ان لم يعين

المعير منتفعا ويعار ما لا يختلف استعماله ان عين منتفعا فا

الصور اربع احدها ما اختلف استعماله ولم يعين من ينتفع به

الثاني ما لا يختلف استعماله ولم يعين والثالث ما لا يختلف استعماله

وعين من ينتفع في هذه الصورة لا يجوز للمستعير ان يعير العارية

من غير الرابع ما اختلف استعماله وعين من ينتفع في هذه الصورة

لا يجوز للمستعير ان يعيره وكذا اي مثل اعارة المعار اة المؤجر فاذا اعارة ۲

اجار شيئا ففيه ثلاث صور من الصور المذكورة يجوز للمستاجر نوع

ان يعيره وفي صورة واحدة لا يجوز كما ذكرنا في الاعارة وقال الشافعي

ليس للمستعير ان يعير وهو بناء على ما مر ان الاعارة اباحة المنافع

عنده والمباح له الطعام لا يقدر ان يبيح لغيره وعندنا تمليك المنافع

والمالك يملك التمليك من الغير فالمستعير لما ملك المنافع كان

تمليكها غيره فمن استعار دابة مطلقا اي لم يسم شيئا او استاجر ان يملكها

مطلقا

يعيره له اي م

مطلقا له ان يحمل ويعير للحمل لانه لا يتفاوت وله ان يركب

ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله

الخيار واياما من الركوب والاركاب فعل المستعير والمستاجر

تعين وضمن بغيره اي بغير المعين حتى لو ركب بنفسه ليس

له ان يركب غيره فلو اركب وهلك ضمن ولو اركب غيره

ليس ان يركبها حتى لو فعل ضمن لان تعيينه كتعيين المالك

ولو عين الملك يضمن بالنقل كذا هاهنا وذكر في الذخيرة

وانما يتعين بغيره اذا لم يركب بنفسه اما اذا ركب فقد اختلف

المشايخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعير وهو اختيار فخر

الاسلام علي البزدوي ولو اعار يضمن وقال بعضهم له

ان يعيرها اذا اعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ

الاسلام وكذلك في الابتداء لو ركب غيره ثم اراد ان يركب

ففيه اختلاف المشايخ ما ذكرنا وان اطلق المعير الانتفاع

في حق الوقت والنوع انتفع المستعير ما شاء اي اي نوع شاء

في اي وقت شاء عملا باطلاق اللفظ وان قيد في الوقت

والنوع فليس للمستعير ان يعد وذلك عملا بالتقييد وضمن

بالخلاف الي الشر كما اذا اعار الدابة وقيد وقيل ان يحمل

الحنطة فحمل الحديد فقط اي لا يضمن بالخلاف الى مثل او خير
ذا الكلام في الانتفاع بالمستعار على اربعة اوجه احدها ان يكون
العارية مطلقة في حق الوقت والانتفاع فللمستعير ان ينتفع اي نوع — والنوع
شاء في اي وقت شاء وثانيها ان يكون مقيدة فيهما بان قيدها
بيوم ونص عليه منفعة فليس له ان يتعدى وذلك الا ان يكون
خلافا الى خير او مثل وثالثها ان يكون مقيدة في حق الوقت
مطلقة في حق الانتفاع الرابع عكسه وهذين الوجهين يجري
ما اطلق على اطلاقه وما قيد على تقييده وكذا اي مثل تقييد
العارية تقييد الاجارة بنوع او قدر اي انه ان وافق المستاجر
او خالف الى مثل او خير لا يضمن وان خالف الى شر يضمن و
ردها اي رد الدابة المستعارة الى اصطبل مالكها تسليم فلو
هلك بعد ذلك لم يضمن لانه رد العارية الى المربط وهو في يد
المالك فكانه رده الى المالك وهذا استحسانا والقياس ان يضمن لانه
لم يرد الى مالكها او ردها مع عبده اي عبد المستعير او اجير مسانهة
او مشاهرة تسليم لان للمستعير ان يرد بيد من في عياله بخلاف الاجير
مياومة او ردها مع اجير ربها اي مالكها فانه تسليم او مع — مساومه / بطريق خريدار
عبده اي عبد المستعير يعني الدابة من اليوم سواء كان العبد يقوم

على دابة او لا يقوم تسليم خبر لقوله وردها وقيل الرد مع العبد
الذي يقوم على الدواب تسليم دون غيره والاول هو الصحيح ولو
ردها مع اجنبي فهلكت ضمن كرد مستعار غير نفيس الى دار
مالكه فان مجرد هذا التسليم اما ان كان المستعار نفيسا كعقد — بهذا الرد التسليم
لؤلؤ فلا بد من رده الى المالك ولو رده الى دار المالك فهلك
يضمن بخلاف رد الوديعة والمغصوب الى دار مالكها لان
الوديعة والمغصوب يرد الى المالك عرفا والعارية يرد الى دار
المالك عرفا وعارية النقدين والمكيل والموزون والمعدود
قرض لان الاعارة للانتفاع و[illegible] الانتفاع بهذه الاشياء — ولا يتأتى
الا باستهلاك عينها فاقتضت تمليك عينها وذا بالهبة او
بالقرض والقرض ادناهما ضررا قالوا هذا اذا اطلق العارية
اما عين الجهة فاستعار صيرفي دراهم او دنانير كثيرة فوضع
على الدكان حتى يظن الناس غناه فيتعاملون معه لا يكون قرضا
لتعين جهة الانتفاع بها مع بقاء العين وصح اعارة الارض
للبناء والغرس لانه منفعة معلومة تمليك بالاجارة فكذا — تمليك
بالاعارة وله ان يرجع لان العارية ليست بلازمة ويكلف
المستعير قلعهما لانه شغل ارض الغير به فيؤمر بتفريغه

ان لم يكن وقت العارية فلا يضمن شيئا من الغرس والبناء لان الضرر الذي يلحق المستعير انما يلحقه من قبله حيث وبنى في محل كان لغيره حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا له ولكن المستعير يتغرر بنفسه حيث ظن بمطلق العقد انه يتركها في يده من غير سبق وعد وضمن المعير للمستعير ما نقص بالقلع ان وقتها ورجع عنها قبله لان المعير بالتوقيت يصير غارا للمستعير لانه بنى وغرس بناء على وعد سابق من المعير وفي المعز ورد ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع الى الغار وقال زفر لا يضمن المعير وكره الرجوع قبله اي قبل الوقت لانه فيه خلف الوعد وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمن قيمتهما فيكون له ذلك وهذا اذا لم يكن القلع مضرا بالارض فان كان مضرا بها فالخيار لرب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع فكان الخيار لصاحب الاصل لرجحانه ولو اعار ارضا للزرع لا يأخذها المعير حتى يحصد الزرع وقت او لا لان له دركا وقتا معلوما فكان في الترك مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر لئلا يفوت منفعة ارضه مجانا ولا يفوت زرع

ليعتدل النظر من الجانبين واجرة رد المستعار والمستاجر والمغصوب على المستعير والموجر والغاصب فيه لف ونشر اجرة رد المستعار على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد المستاجر على الموجر لان المنفعة تحققت للموجر معنى حيث يسلم له الاجرة والرد غير واجب عليه دفعا للضرر عن المالك فتكون مؤنة الرد عليه

هي اسم من الايداع والايداع لغة تسليط الغير على

حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع ايضا اي وديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال فالوديعة امانة في يد المودع تركت عنده للحفظ وقد يكون الشيء امانة ولا يكون وديعة كما اذا هبت الريح والقت ثوب انسان في حجر غيره فان الثوب امانة عنده وليس بوديعة والحكم في الوديعة يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانات وضمانها كالعارية ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق

فلا يضمن المودع ان هلكت الوديعة بلا تعد وان تعدى عليها فهلكت ضمن كالعارية وان سرقت الوديعة عند المودع ولم يسرق

معه مال اخر المودع لم يضمن عندنا وعند مالك رح يضمن وله
اي للمودع حفظها بنفسه وبمن في عياله من زوجته او ولده
او والده او اجير مشاهرة او مسانهة والعبرة في هذا الباب للمساكنة
لا للنفقة حتى لو ادعت المراة ودفعها الى زوجها لا تضمن وان
لم يكن الزوج في نفقتها وكذا الابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع
وان نهي عن الحفظ بمن في عياله لان المطلوب حفظ الوديعة على وجه
يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ ماله بنفسه تارة وبيد من في عياله
اخرى وللمودع السفر بها وان كان لها حمل ومونة عند عدم النهي
عن السفر وعدم الخوف بان كان الطريق امنا ولا يقصد احد غالبا
ولو قصد يمكنه دفعه بنفسه او برفقه السفر وقالا ليس له ذلك
اذا كان حمل ومونة اي يحتاج في الحمل الى ظهر او اجرة حمال وقال
الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين وان نهي عن السفر او كان الطريق
مخوفا فسافر فهلكت المال ضمن ولو حفظ بغيرهم ضمن لان المالك
لم يرض بذلك الا اذا وقع في داره حرق غالب وخاف الحرق
او يكون في الفلك فخاف الغرق فوضعها عند جاره او في فلك
اخر لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فصار ماذونا دلالة
وقيل هذا اذا احاط الحريق بمنزله المودع فان لم يكن احاط بمنزله

ضمن ولا يصدق على العذر حتى يقيم البينة فان حبسها بعد
طلب بها حال كونه قادرا على التسليم ضمن لانه لما طلبه لم
يكن راضيا بامساكه فيضمن بحبسه او جحدها عند صاحبها
ضمن لان المالك عزله عن الحفظ وهو بالامساك عاصب
فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد الجحود لم يبرا عن الضمان
وان جحدها غير صاحبها لا يضمن لانه من باب الحفظ
وعند زفر رح يضمن او خلط المودع بماله حتى لا يتميز
كخلط اللبن باللبن ضمن واعلم ان الخلط على اربعة اوجه
خلط بطريق المجاورة مع تيسر التميز كخلط الدراهم البيض
بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لا يوجب الضمان
بالاجماع ليتمكن المالك من الوصول الى عين حقه بلا حرج و
خلط بطريق المجاورة مع تعسر التميز كخلط الحنطة بالشعير
وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان لان المتعسر كالمتعذر وقيل
لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع ههنا ويكون له الخيار
القياس ان يصير المخلوط ملك الخالط عند ابي حنيفة رح وفي
الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة او مجاورة
كخلط دهن اللوز بالزيت وكل مائع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع

حتى المالك الى الضمان بالاجماع وخلط الجنس بممازجة او مجاورة كخلط
دهن اللوز بجنسه او اللبن بجنسه او الحنطة بجنسه او الدراهم البيض (بالدراهم البيض)
فعند ابي حنيفة رح وهو استهلاك لا سبيل لصاحبه الا الى تضمين
المودع وصار المخلوط ملكا له وعندهما المالك بالخيار ان شاء ضمن
الخالط مثله وان شاء شاركه في المخلوط او تعدى المودع في الوديعة
فلبس ثوبها او ركب دابتها او حفظ الوديعة في دار امر المودع
به اي بالحفظ في غيرها اي هذه الدار ضمن لان الدارين يختلفان (في غيره)
في الامن والحفظ فصح الشرط او جحدها اي جحد المودع الوديعة
عند المودع ضمن لانه يصير غاصبا وقوله ضمن جزاء لقوله فان
جحدها وان ازال المودع التعدي بان ترك اللبس والركوب او
ردها الى دار امر بالحفظ فيها زال ضمانه فلو هلك بعد ذلك
لا يضمن وقال الشافعي رح لا يبرا عن الضمان وان اختلطت
الوديعة بمال المودع بلا فعله كما اذا انشق الكيس في صندوقه فا
ختلط بدراهمه لا يضمن لعدم الصنع الموجب للضمان ثم اشتركا وهذه
شركة اختلاط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما ويقسم الباقي (اختلاط)
بينهما على قدر ما كان للواحد منهما وان اودع رجلان عند
رجلين فحضر احدهما وطلب نصفه لا يدفع المودع الى احد المودعين

قسطه بغيبة الآخر عند ابي حنيفة رح ولو دفع ضمن نصيبه وقالا
يدفع اليه قسطه فمن المشايخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات
الامثال وفي ما هو ذوات القيم سواء والصحيح ان الاختلاف في ما (القيم)
هو من ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وما عداها من
الثياب والدواب والعبيد ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع
ولو اودع رجل عند رجلين يجوز لاحد المودعين دفعها اي
دفع الوديعة الى المودع الآخر فيما لا يصلح ان يقسم بان لا يبقى منتفعا
به بعد القسمة لان المالك رضي بذلك حيث يعلم تعذر لا يجتمعان (النهار)
على حفظه اثناء الليل والنهار ولا لاحد المودعين دفع نصفها فيما
يصلح ان يقسم بان يبقى منتفعا به بعد القسمة لان المالك راض
بذلك حيث يعلم تعذر اجتماعهما على الحفظ عند ابي حنيفة رح وقالا
لاحدهما ان يحفظ الكل باذن الآخر فيما يقسم ايضا واذا دفع الكل
الى الآخر فيما يقسم ضمن دافع الكل لا قابضه اي قابض الكل لانه
مودع المودع وهو لا يضمن عنده ولا اعتبار للنهي عن الدفع الى
من لا بد من حفظه اي اذا دفعه وديعة وقال لا ترفعه الى امرأتك
وعبدك وولدك واجيرك وهم في عياله ودفعها الى من نهاه
عنه فهلك فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له اهل وخدم

سواه فهو ضامن وان كان لا يجد بدا من ذلك فلا اعتبار للنهي
وهذا كمن اودع دابة وقال لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع
الى امرأته والوديعة شيء يحفظه على يد الانسان والرجل ممن لا
يجد بدا اعطها ولا اعتبار ايضا للنهي عن الحفظ في بيت من دار
حتى لو حفظها فيه لا في بيت آخر من الدار لا يضمن لان البيتين من
دار واحدة قلما يختلفان في الحرز فلا فائدة في التعيين الا ان يكون
له اي البيت الذي نهي عن الحفظ فيه خلل ظاهر آخر فحينئذ صح
الشرط والتعيين ويضمن بالمخالفة ولو اودع رجل وديعة فاودع
المودع آخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول لا الثاني عند ابي حنيفة رح و
عندهما ضمن ايهما شاء فان ضمن الثاني رجع على الاول متعديا
بالتسليم بغير اذن المالك والثاني متعديا بالقبض بغير اذن مالك
فللمالك ان يضمن ايهما شاء وله ان المال وصل الى الثاني من يد
امين فلا يضمن وهذا لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع ما لم يفارقه
لان الحفظ لا يفوت ما دام في مجلسه فاذا فارق الاول الثاني فانما
يضمن الاول بترك الحفظ حتى فارقه واما الثاني فما ترك الحفظ
بل هو امين فصار هذا في حقه كثوب هب به الريح فالقته في حجره
فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن ولو اودع الغاصب المغصوب

عند رجل وهلكت في يد مودع الغاصب ضمن المغصوب منه
ايا شاء من الغاصب ومودعه والله اعلم **كتاب الغصب** هو في اللغة
اخذ الشيء ظلما وقهرا مالا كان او غيره يقال غصب زوجة فلان وولده
وسمي المغصوب غصبا تسمية بالمصدر وفي الشريعة اخذ مال
احترز عن الحر والميتة والدم فانها ليست بمال شرعا متقوم
احترز عن الخمر والخنزير حيث لا يقوم لهما شرعا محترم احترز من
مال الحربي علنا اي ظاهرا لا على وجه الخفية احترز عن السرقة
بلا اذن مالكه احترز عن الوديعة يزيل ذلك الاخذ يده
اي يد المالك احترز عن العقار فان الغصب عندنا ازالة اليد
المبطلة كاف وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب مثل الولد
المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام
ازالة اليد لان يد المالك ليست بثابتة على هذه الزيادة فلا
غصب في العقار لان الغصب انما يتحقق فيما ينقل ويحول لا في
العقار لان ازالة اليد لا يتحقق فيه حتى لو اخذ عقارا وهلك
في يده بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او اخذ دارا
فانهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء لا يضمن
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر والشافعي وهو قول

المحقة واثبات اليد المبطلة وعند الشافعي ازالة يد المالك ليس بشرط بل اثبات اليد المبطلة م

ابي يوسف رح اولا يضمن لانه اثبت يده عليه على وجه يضمن
تفويت يد المالك فيكون سببا للضمان كما في المنقول ولنا ان الغصب
لا يتصور في العقار لما ذكرنا فلا يجب الضمان وهذا لان ازالة اليد
عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذلك لا يتصور في العقار
وانما يتصور منع المالك عنه ومنع المالك تصرف في المالك فصار
كما لو بعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو
حبس المالك حتى ذهبت مواشيه لا يضمن وما نقص من المغصوب
بفعله اي فعل الغاصب يضمن بالاتفاق وذلك بان هدم بيتا
او انهدم بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهن
جدار الدار اما اذا سكن في الدار وانهدمت لا بسبب سكناه
وعمله لا ضمان عليه واستخدام العبد غصب لانه بالاستخدام
اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه
لا جلوسه على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط
فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب
مزيلا ليده وحكمه الاثم لمن علم وان كان بدون العلم بان ظن
ان المأخوذ ماله او اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه فلا اثم عليه
لقوله عليه الصلوة واله وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان

ورد العين على المالك ان كانت قائمة فانه الموجب الاصلي
وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو
ابراه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلكت بعده
لا يضمن ورد الغرم اي يجب الضمان ان كانت العين هالكة
في يده بفعله او بفعل غيره ويجب رد المثل في المثلي ففيه مراعاة
حق المستحق صورة ومعنى فكان اعدل من القيمة التي فيها
مراعاة المعنى فقط وهو المالية كالمكيل والموزون و
العددي المتقارب مثل الجوز والبيض وعند زفر رح في
العددي المتقارب تجب القيمة فان انقطع المثل عن ايدي
الناس فقيمته اي فتجب قيمة المثلي يوم يختصمان عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم
الانقطاع لان الغصب اوجب المثل خلفا ويصار الى القيمة
للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع — يوم الغصب
ولابي يوسف ان المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له في وجوب
القيمة فتعتبر قيمته يوم الغصب ولابي حنيفة رح ان القيمة
لا تكون مشروعة مع احتمال المثل في الوجوب لانها خلف عنه
ولا ينقطع احتمال المثل بالانقطاع بل بالخصومة والقضاء

وهذا لو صبر الي مجيئ اوانه كانه له مطالبة المثل وتعرف القيمة
براي ذوي البصيرة فانهم يعرفون هذا وان كان المثل معدوما
او منقطعا عن ايدي الناس ويجب في غير المثلي قيمة لانها
المثل معنى يوم الغصب وقال مالك يجب صورة من جنس ذلك
كالعددي المتفاوت مثل الثياب والدواب فان ادعي الغاصب
الهلاك حبس مدة حتى يعلم انه لو بقي الظهر لان الحق متعلق
بالعين وللناس اغراض في الاعيان فلا يقبل قوله في الهلاك
حتى يحصل عليه الظن بالحبس ومدة الحبس موكول الي راي مفوض
القاضي ثم اذا لم يظهر بعد مضي المدة قضي عليه بالبدل وهذه
المسئلة تدل على ان الاصل رد العين والقول فيه اي في بدل المغصوب
وهو القيمة للغاصب مع حلفه لان المالك يدعي عليه الزيادة
وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه ان لم يقم المالك حجة الزيادة
وان اقام البينة على الزيادة تجب الزيادة فاذا ظهر المغصوب
وقيمته اكثر مما ضمن وقد ضمن الغاصب بقوله مع حلفه
اخذه اي المغصوب المالك ان شاء ورد بدله لانه لم يتم رضاه
بهذا القدر حيث ادعي الزيادة وانما لم ياخذ الزيادة لعدم
البينة او امضى الضمان ان شاء وان ظهر المغصوب وقيمته

الكرخي

اكثر وضمن الغاصب لا بقوله بل بقول المالك او بينة اقامها
او بنكول الغاصب عن اليمين فهو للغاصب ولا خيار للمالك لانه
رضي بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعي هذا القدر ولم يدع الزيادة
وان ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمن الغاصب او دونه فيما اذا
ضمن بقول الغاصب مع يمينه فالمالك ايضا بالخيار في ظاهر
الرواية وهو الاصح ان شاء امضى وان شاء اخذ العين ورد البدل الضمان
وقال الكرخي لا خيار له وان اجر الغاصب المغصوب او الامانة
كالوديعة والعارية واخذ الاجرة او ربح بالتصرف فيهما اي
في المغصوب او الامانة كما اذا غصب او اودع الفا فاشترى بها
جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلثة
الاف وكذا اذا كان المغصوب او الامانة غير الدراهم والدنانير كالعروض
مثلا تصدق بالاجارة وجميع الربح عند ابي حنيفة
ومحمد لانهما حصلا بسبب خبيث وهو التصرف في مال
الغير وعند ابي يوسف لا يتصدق وعند الشافعي لا يملك الربح
الا ان يكونا اي المغصوب والامانة دراهم او دنانير ولم يشير اي
ولم يضف العقد اليهما بان قال اشتريت بالف درهم ونقد
من الف الغصب او الامانة او قال اشتريت بهذا الالف والحال

غير غصب وامانة ولكن نقد الف الغصب او الامانة او اشتريهما ايهما

[illegible] بانقال اشتريت بهذا الالف والحال انه غصب

او امانة ولكن لم يعط هذا الالف الغصب او الامانة بل نقد غيرهما

ففي هذه الصورة لا يتصدق بالربح ويطيب له وان غصب شيئا وغيره

فزال اسمه واعظم منافعه زال ملك المغصوب منه عنه وضمنه

الغاصب وملكه بلا حل الانتفاع له قبل ادا بدله اي المثل او

القيمة كذبح شاة وطبخها احتراز به عما اذا ذبحها ولم يطبخ فانه

فاتت اعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة

لانه يقال شاة مذبوحة وجعل صفر اناء فلو ابى المالك اخذ

القيمة واراد اخذ اللحم المطبوخ او الاناء لم يكن له ذلك لان ملكه

قد زال وهذا كله عندنا وعند الشافعي رح وهو رواية عن ابي يوسف لو

لم ينقطع حق المالك بخلاف ما اذا غصب الحجرين اي الذهب

والفضة وضربهما دراهم ودنانير وآنية فهما للمالك ولم يزل

ملكه عنهما بلا شيء للغاصب عند ابي حنيفة رح وقالا يملكهما الغاصب

وعليه مثلهما لتبدل الاسم والمقصود والصنعة وله ان الاسم

المعين لم يتبدل لان اسم الذهب والفضة باق بعد الصنعة

وللعين الاصلي وهو الثمنية باق حتى يجري فيهما الربوا ولو خرق

لكن

غيرهما

ثوبا مغصوبا خرقا فاحشا وفوت بعض العين او بعض نفعه

بان كان يصلح الثوب قبل الخرق للقباء وبعده لا يصلح له ويصلح

للقميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر

اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء فصاحب

الثوب بالخيار اما ان ضمن الغاصب وطرحه اي الثوب المالك

عليه اي على الغاصب واخذ كل قيمته وكان الثوب للغاصب

لانه مستهلك من وجه فانه لا يصلح لجميع ما كان صالحا قبله

او اخذه اي الثوب وضمن الغاصب نقصانه لانه تعييب من

وجه لكون الثوب قائما حقيقة وفي الخرق اليسير وهو ما

لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان ضمن

الغاصب ما نقص واخذ المالك ثوبه لان العين قائم من كل

وجه ومن بنى في ارض غيره او غرس فيها امر بالقلع و

الرد وقيل له قطع البناء والغرس وردها اي الارض لانه جعل ارض

غيره مشغولة فيؤمر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه

وللمالك اي مالك الارض ان يضمن له قيمته بناء او شجرا

امر بقلعه لان حقه في المقلوع ان نقصت الارض به اي بالقلع

القلع وان كان بلا رضاه لان البناء والغرس تبع الارض ثم راعاه

صاحب الارض اولي ومعرفة قيمته ماموراً بقلعه ان يقوم الارض
مع البناء او الشجر المامور مالكه بقلعه ويقوم وليس فيها هذا
البناء او الشجر بفضل ما بينهما وهو قيمة البناء او الشجر المامور مالكه
بقلعه ثم قيمة المقلوع اكثر من قيمة المامور بقلعه لان مونة القلع
صرفت من قيمة قلع المقلوع من قيمة قلع المقلوع دون القائم
فازدادت قيمة المقلوع المقلوع لذلك فان كانت قيمة الارض
مائة وقيمة البناء او الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم
فبقي تسعة دراهم فالارض تقوم مع البناء
او الشجر بمائة وتسعة فيضمن المالك التسعة وان احمر
الثوب المغصوب فمالكه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب
ابيض وسلم الثوب للغاصب او اخذه وغرم ما زاد الصبغ
في الثوب لانه صاحب الاصل فله الخيار في تمليك الوصف وقال
الشافعي رحمه الله لمالكه ان يمسكه ويامر الغاصب بازالة الصبغ عن
ثوبه بالقدر الممكن ويضمن نقصان الثوب ان انتقص
بذلك ثوبه وان سود الثوب ضمنه قيمة الثوب ابيض او اخذه
ولا شيء للغاصب عند ابي حنيفة رحمه الله لان السواد نقصان وعندهما
التسويد زيادة كالتحمير قيل هذا اختلاف عصر وزمان

مع مادة ٢

فابو حنيفة رحمه الله اجابه على ما شاهد في زمانه بني امية فانهم
كانوا يمتنعون من لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في
عصرهما من عادة بني عباس بلبس ثياب السواد وان غصب
عبدا وباع واعتق ثم ضمن للمالك قيمته نفذ البيع لا العتق
والفرق ان الملك للغاصب فيه ناقص لثبوته بعد اداء الضمان مستندا
الي زمان الغصب والثابت مستندا من وجه دون وجه والملك الناقص
يكفي بجواز البيع لا العتق كملك المكاتب فانه يملك البيع ولا يملك العتق
لنقصان ملكه وزوايد الغصب سواء كانت متصلة كالسمن والجمال
او منفصلة كالولد والثمر والصوف واللبن امانة في يد الغاصب
ولا يضمن ان هلك المذكور من الزوايد لانها ليست بمغصوبة
لان الغصب ازالة المالك ويده ما كانت ثابتة على الزوايد حتي
يزيلها الغاصب وقال الشافعي رحمه الله زوايد الغصب مضمونة الا
التعدي فيها بان اتلفها او ذبح واكل او باع وسلم او المنع
من مالكها بعد الطلب حتي لو منع ولد المغصوبة بعد الطلب يضمن
لتحقق التفويت لقصر يده عنه بالمنع واذا اتلف خمر المسلم
خنزيره واتلاف الذمي خمر الذمي او خنزيره واتلاف المسلم
خمر الذمي او خنزيره ففي الاولين لا ضمان على المتلف بالاجماع

وفي الاخيرين يحي المتلف الضمان عندنا خلافا للشافعي رح
فعنده لا ضمان في جميع الصور وكذا منافع الغصب لا يضمن
سواء استوفي المنافع كما اذا سكن الدار المغصوبة او استعمل
العبد المغصوب او عطلها وعند الشافعي رح يضمنها سواء
سواء عطلها او استعملها وقال مالك رح ان استعملها تجب
اجرة المثل وان عطلها لا شي عليه وفي الفتاوي السراجية
اذا سكن دارا معدا للاجرة من غير استيجار تجب الاجرة
وعليه الفتوى بخلاف ما اذا اراق السكر بفتحتين هو التي
من عصير الرطب اذا اشتد وهو في الاصل مصدر فانه يضمن
تجب قيمة السكر لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه لانه حرام
والمصنف هو من ماء العنب وطبخ حتى ذهب نصفه وبقي نصفه
وغلا واشتد وهو مضمون بالقيمة ايضا كما ذكرنا وبخلاف
كسر المعزف هو آلة اللهو كالطنبور والمزمار ونحوها وهذا عند
ابي حنيفة رح وعندهما لا يضمن وقيل الفتوى على قولهما في عدم الضمان
لكثرة الفساد فيما بين الناس فيجب ويضمن قيمته لكن لا
للهو ففي الطنبور يضمن وتجب قيمة الخشب المنحوت وكذا في
المزمار والآلة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة

والديك العائل والعبد الخصي فانه تجب القيمة فيها غير صالحة
لهذه الامور ومن حل قيد عبد لغيره فابق العبد او فتح باب
قفص طائر وطار او باب اصطبل فخرجت الدابة وضلت لا
يضمن لانه عرض على الحل والفتح فعل فاعل مختار فلم يضف التلف
الى الحل والفتح وقال محمد رح يضمن ومن سعى وهذا عند محمد رح
وبه يفتى وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما لا يضمن الساعي بغير حق
مثل ان ياتي بكلام كذب يكون سببا لاخذ المال فتلف به مال
يضمن الساعي اما اذا كانت السعاية بحق بان كان يوذيه ولا يمكنه
دفع الاذى الا بالسعاية او كان فاسقا لا يمتنع بالامر بالمعروف
لا يضمن الساعي او قال مع حاكم يغرم البتة انه وجد مالا
فغرمه يضمن اما اذا كان الحاكم عادلا لا يغرم او قد يغرم فلا
يضمن والله اعلم

كتاب الرهن

هو في اللغة جعل الشي محبوسا اي
شي كان باي سبب كان والتركيب دال على الثبات يقال رهنت
الرجل الشي ورهنته عنده والرهن المرهون تسمية بالمصدر
والجمع رهون ورهان ورهن والرهين والرهينة الرهن
وفي الشريعة حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه اي اخذ الحق
منه اي من هذا المال كالدين فلا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهراً

او باطنا او ظاهرا و يمكن اخذ الدين من المرهون بان يباع
المرهون بخلاف العين كالامانات فان الرهن بها لا يصح لانه لا
يمكن اخذها من المرهون فان الصورة مطلوبة فيها و لا يمكن اخذ
الصورة من المرهون و ينعقد بايجاب مثل ان يقول رهنتك هذا
الشيء بالدين الذي لك علي و قبول و قيل الركن مجرد الايجاب
و القبول شرط و الظاهر ان القبول ايضا ركن لان من حلف لا
يرهن لا يحنث بدون القبول و لكن لا يلزم الرهن بالايجاب
فللراهن ان يرجع عن العقد و ان سلم المرهون الى المرتهن بل
يلزم ان سلم الراهن و قبض المرتهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة
و قال بعض اصحابنا القبض شرط الجواز و قال مالك رح يلزم
الرهن بالايجاب و القبول محوزا اي مقسوما احتراز عن رهن
المشاع فانه لا يصح عندنا مفرغا عن ملك الراهن اي غير مشغول
بحقه احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن بدون المتاع
و عن رهن الارض بدون النخل متميزا اي لم يكن الرهن متصلا
بغيره اتصال خلقية كما لو رهن الثمر على الشجر دون الشجر فا
التفريع يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما ليس بمرهون حل فيه مجاورة
كالمتاع او خلقة كالثمر على الشجر و التميز يتعلق بالحال في المحل فيجب

انفصاله عما ليس بمرهون من المحل الذي اتصل به الحال خلقة اما
لو كان اتصاله كالمتاع في البيت بالمحل بالمجاورة يصح رهنه و يلزم
بالقبض و التخلية بين الرهن و المرتهن بان يضعه الراهن في
موضع يتمكن المرتهن من اخذه تسليم في ظاهر الرواية عن ابي يوسف
ان التسليم لا يثبت في المنقول الا بالنقل و الاول اصح كما ان التخلية
تسليم في المبيع لان حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية و اذا قبض
المرتهن المرهون ضمن و قال الشافعي رح هي امانة و لا يسقط شيئا
من الدين بهلاكه و به قال مالك رح بما قل اي بالاقل كائنا من قيمته
اي قيمة المرهون تارة و من الدين رح القيمة سواء يسقط دينه و صار
المرتهن مستوفيا لدينه فان كانت قيمته اكثر من دينه فالفضل امانة
و بقدر الدين صار المرتهن مستوفيا و في اقل اي كانت قيمة الرهن
اقل من الدين سقط من دينه بقدره اي بقدر الرهن و رجع
المرتهن على الراهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة
فهلك عند المرتهن سقط دينه و ان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل
امانة عندنا و عند زفر رح يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن
عنده مضمون بالقيمة و يحفظ الرهن كالوديعة اي للمرتهن ان يحفظ
الرهن بنفسه و زوجته و ولده و خادمه و اجيره مسانهته او

و امانة اخرى لمن لا تفضيل فلو ملك و هما اى الدين ٣

مشاهرة لان عينه امانة عنده والحفظ يكون بهولاء ثم لك
الدفع اليهم كما في الوديعة وان تعدي المرتهن في الرهن
ضمن جميع قيمته كالغصب لان الزيادة علي قدر الدين امانة
والامانات تضمن بالتعدي ولا يصح فيهما اي في الوديعة و
الرهن رهن واجارة واعارة وايداع ولا يصح في الموجر الاول
اي الرهن وتصح الاجارة والاعارة والايداع ولا يصح في
المعار الاول اي الرهن والاجارة وتصح الاعارة والايداع
وقد نظم المصنف بالفارسي هذه المسائل موجزا من فقط
مبدار دو ع عاريه را سوجر مرهون مكن زهن مود
قابل اين جار نيست نيست كس را اندرين معني سخن
ولا يبطل الرهن لو فعل المذكورات من الرهن والاجارة
والاعارة والايداع هذه لان تعد والتعدي لا يبطل الرهن لكن
يضمن الرهن لو فعل المذكورات كما مر من قوله وان تعدي
ضمن كالغصب وجعل الخاتم في خنصره تعد فيكون ضامنا لانه
مامور بالحفظ لا بالاستعمال واليمني واليسرى في ذلك سواء
لان الناس يختلفون فيه تجملا وجعله في اصبع اخرى غير
الخنصر حفظ وليس بتعد واستعمال لان الخاتم لا يستعمل كذلك

عادة واذا طلب المرتهن دينه من الراهن امر المرتهن باحضار
رهنه لان قبض الرهن قبض استيفا فلو امر بقضاء الدين قبل
احضار الرهن يحتمل ان يهلك الرهن فيصير المرتهن مستوفيا
دينه مرتين الا اذا وضع الرهن عند عدل فحينئذ لا يومر ولا
يكلف المرتهن احضار الرهن لان الراهن لم يرض بيد المرتهن
فلا يلزمه احضارها في يده واذا احضر المرتهن الرهن فسلم
اولا كل دينه حتى يتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية ثم رهنه كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم
الثمن اولا وكذا امر المرتهن باحضار رهنه ان طلب
المرتهن دينه في غير بلد وقع العقد فيه ان لم يكن للرهن
مونة حمل لان الاماكن كلها كمكان العقد فيما لا حمل له
وان كان له مونة ياخذ المرتهن دينه ولا يكلف ولا يومر
احضار الرهن لان المرتهن عاجز عن الاحضار والتسليم
غير واجب عليه في بلد لم يجر العقد فيه ولكن يحلف المرتهن
بالله ما هلك الرهن ان طلب الراهن ذلك لان الرهن
غائب فيحتمل هلاكه وعلي اعتبار هلاكه لا يجب قضاء الدين
فاذا احلف المرتهن قضي الدين ويجب عليه اي علي المرتهن مونة

ماكره

حفظه اي حفظ الرهن وذلك مثل اجرة الحافظ واجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن وهذا لان المرتهن في الحفظ عامل لنفسه
لانه يقصد به صيانة حقه عن التوي بالجحود واضجار الراهن ليتسارع
الى قضاء الدين وعن ابي يوسف رح ان كراء الماوي على الراهن ويجب الح
على الراهن مونة تبقية مثل نفقة الرهن وكسوته واجر ظير ولد
الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه وجعل
العبد الابق على المرتهن اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت
قيمة الرهن اكثر فجعل الابق منقسم على المرتهن والراهن فعلى
المرتهن بقدر الدين المضمون وعلى الراهن بقدر الامانة وكذا
مداوات الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية
منقسم على القدر المضمون من الرهن والامانة فما هو مضمون
فعلى المرتهن وما هو امانة على الراهن والخراج على الراهن خاصة

فصل لا يصح رهن المشاع فيما يقسم وما لا يقسم سواء كان من فصل
الشريك او من الاجنبي وسواء كان الشيوع مقارنا او طاريا بان
رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن هو
الصحيح وعن ابي يوسف رح ان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء حكم الرهن
وقال الشافعي رح يجوز رهن المشاع ولا رهن ثمر على نخل دونه

اي دون النخل ولا رهن زرع او نخلها اي نخل الارض دون
ها اي دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة
فكان بمنزلة الشائع وكذا لا يصح لو رهن الارض دون النخل او دون
الزرع او رهن النخل دون الثمر وروى الحسن عن ابي حنيفة رح
ان رهن الارض بدون الاشجار يصح لان اسم الشجر يقع على النابت
على الارض ولهذا سمي بعد القطع جذعا لا شجرا فكان استثناء
للمنبت فكان رهنا لما سوى المنبت من الارض فكان جائزا
ولا يصح رهن الحر وفرعه كالمكاتب والمدبر وام الولد ولا
بالامانات اي لا يصح الرهن بمقابلتها كالوديعة والعارية
ومال المضاربة ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض
مضمون على القابض بقدر الدين وليس في الامانات ضمان
والمبيع في يد البائع فان من باع شيئا ولم يسلمه الى المشتري فرهن
به شيئا لا يصح لانه اذا هلك ذلك الشيء ينفسخ البيع ويسقط
الثمن والقصاص اي اذا وجب عليه القصاص في النفس او ما
دونها فرهن شيئا لانه يمتنع من القصاص لا يصح وان كانت
الجناية خطاء صح الرهن لان الواجب هو الارش واستيفاء
ممكن من الرهن وصح الرهن بعين مضمونة عند الهلاك بالمثل

انكان مثليا او بالقيمة ان لم يكن مثليا كالمغصوب وبدل الخلع
والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصح الرهن بهذه الاشيا لانها
مضمونة فانكانت قائمة وجب تسليمها وانكانت هالكة وجب
مثلها انكان لها مثل وقيمتها ان لم يكن لها مثل وصح الرهن با
الدين وانكان موعودا وذلك بان رهن شيئا ليقرضه كذا درهما
فهلك الرهن في يد المرتهن عليه اي على المرتهن بما وعد اقراضه
اي ان هلك الرهن في يد المرتهن فللراهن على المرتهن المقدار
الذي وعد ان يقرضه وهذا اذا كان الدين الموعود مساويا
لقيمة الرهن او اقل منه اما اذا كان الدين الموعود اكثر من قيمة
الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن ولم يذكر هذا
القسم لان الظاهر ان الدين لا يكون اكثر من الرهن وصح الرهن
براس مال السلم وثمن الصرف وقال زفر لا يصح والمسلم فيه
في المجلس قبل الافتراق فقد تم عقد الصرف والسلم واخذ المرتهن
حقه اي استوفى حق رب المسلم فيه والبايع ثمن الصرف والمسلم اليه
راس المال السلم وهذا لان المجانسة بين الرهن والمسلم فيه وثمن
الصرف وراس مال السلم ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المالية لان الاموال كلها جنس واحد فيتحقق المجانسة

فان قيل على هذا ينبغي ان يصح الاستبدال في المسلم فيه وثمن الصرف
وراس مال السلم في جميع الصور لان المجانسة من حيث المالية ثابتة
في جميعها فلا جرم الاستبدال مطلقا والحال انه لا يجوز الاستبدال
في هذه الاشيا في غير صورة الرهن بالاتفاق قلنا ان المجانسة من حيث
المالية اعتبرت في صورة الرهن دون غيرها لان المرتهن عند
هلاك الرهن يجعل مستوفيا عين حقه لا على وجه الاستبدال
لان عين الراهن لا يكون مملوكا للمرتهن ولهذا قلنا لو كان الرهن
عبدا فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير مستوفيا مالية ولا
عيان في الرهن باعتبار صفة المالية جنس واحد وان افترقا
اي المتعاقدان في الصرف والسلم عن المجلس قبل نقد
ثمن الصرف وراس مال السلم وقبل هلاك الرهن بطل اي عقد
الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض في المجلس حقيقة وهو ظاهر
ولا حكما لانه بهلاك الرهن فلا يثبت قبله ويتم الرهن بقبض
عدل شرطه وضعه عنده اي اذا اتفق الراهن والمرتهن على وضع
الرهن عند عدل صح ويتم الرهن بقبضه وقال ابن ابي ليلى لا
يصح لان العدل نايب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو هلك
الرهن في يده ثم استحقه رجل يرجع العدل على الراهن دون المرتهن

ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن لان اليد في باب الرهن على
صورة يد امانة وعلى المعنى مضمونة فكانت يده على الصورة يد
المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده
يد ضمان والمضمون هو المالية فينزل العدل منزلتهما تحقيقا
لغرضهما ولا اخذ لاحدهما اي الراهن والمرتهن منه اي من العدل
لتعلق حقهما جميعا به ولو دفع الى احدهما يضمنه وهلكه معه
اي مع العدل وفي يده هلك رهن لان يده في حق المالية
يد المرتهن والمضمون هو المالية فان وكل الراهن العدل او غيره
كالمرتهن مثلا ببيعه اذا حل دينه صح التوكيل فان شرط التوكيل
في صلب عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل ولا ينعزل الوكيل بالعزل
لانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وكذا لا ينعزل
اذا عزله المرتهن ولا ينعزل بموت احد سواء كان وكيل المرتهن
او العدل او غيرهما الا بموت الوكيل فانه اذا مات الوكيل انتقضت
الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الموكل لم يرض برأي
غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه وفي الذخيرة اذا مات
العدل في الرهن وقد كان وكيلا بالبيع فاوصى الى رجل
بالبيع لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك

ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شيء فيجوز لو
صيه ان يوصي الى ثالث نايبه واذا حل الاجل فابى الوكيل
الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن او وارثه غايب
اجبر الوكيل على البيع وكيفية الاجبار ان يحبسه الحاكم
اياما للبيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه
كوكيل بالخصومة اي اذا كان بين رجلين خصومة فوكل
المدعى عليه رجلا للخصومة بطلب المدعي وغاب موكله و
اباها اي ابى الوكيل الخصومة فانه يجبر على الخصومة لان المدعي
انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يكون
للوكيل ان يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعي لان فيه ابطال حقه
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن فانه صار ملكا للمشتري
فالثمن رهن وان كان غير مقبوض لقيامه مقام ما كان
مقبوضا فهلاكه اي الثمن من مال المرتهن كهلاكه اي كهلاك الرهن
لان بقاء عقد الرهن في الثمن لكونه قائما مقام المبيع ثم المرهون
لو هلك يسقط الدين كذا ههنا وهذا اذا كان التوكيل مشروطا في
عقد الرهن فان كان بعد تمام العقد ذكر شمس الائمة ان في ظاهر
الرواية لا يجبر العدل على البيع لان رضاء المرتهن قد تم بدونه

وهو توكيل مستانف ليس في ضمن عقد لازم وعن ابي يوسف له
ان التوكيل على البيع بعد الرهن يلحق باصل العقد ويصير كالمشروط
فيه قال الشيخ الاسلام خواهر زاده وفخر الاسلام هذه الرواية
صح

فصل في التصرف والجناية في الرهن وقف بيع الراهن
اذا باع رهنه بغير اذن المرتهن لتعلق حقه به ان جاز مرتهنه
او قضى دينه نفذ البيع وصار ثمنه رهنا وانتقل حقه اليه في
الصحيح وابي يوسف ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون
رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا وان لم يجز المرتهن وفسخ
البيع لا ينفسخ في الاصح من الروايتين لان التوقف انما كان لصيانة
حق المرتهن في الحبس ولا يبطل حقه بانعقاد هذا العقد موقوفا فاذا
بقي موقوفا صبر المشتري ان شاء الى [illegible] المرتهن الرهن فسلم له
البيع لان المانع على شرف الزوال او رفع الامر الى القاضي انشا
ليفسخ القاضي البيع بحكم العجز عن تسليم فولاية الفسخ الى القاضي
لا اليه وفي رواية ابن سماعة عن محمد ينفسخ البيع بفسخ المرتهن
وصح اعتاقه اي اعتاق الراهن سواء كان موسرا او معسرا او تدبيره
واستيلاده وقال الشافعي لا ينفذ الاعتاق اذا كان معسرا فان فعلها
اي الاعتاق والتدبير والاستيلاد حال كونه غنيا ففي دينه

حالا اخذ الدين المرتهن من الراهن ولا يضمن قيمة الرهن
لانه لا فايدة في تضمين القيمة مع حلول الدين وفي الدين المؤجل اخذ
قيمة الرهن ويكون رهنا مقام الرهن الاول دفعا للضرر عن المرتهن
الى محل الاجل فاذا حل الدين اخذ حقه اذا كانت القيمة من جنس حقه
ورد الفضل وان لم تكن القيمة من جنس حقه بان كان حقه كر بر اخذ
حقه ورد القيمة وتظهر الفايدة في هذه الصورة وان فعلها الراهن
حال كونه معسرا ففي صورة العتق سعى المعتق للمرتهن في اقل من
قيمته ومن الدين فان الراهن اذا اعتق وهو معسر فاذا كان الدين
اقل من القيمة سعى العبد في الدين وان كانت القيمة اقل سعى في القيمة
لانه لما تعذر وصول المرتهن الى حقه من جهة وجب الرجوع الى
من ينتفع بالعتق وهو المعتق والمعتق انما ينتفع بقدر ماليته
ورجع العبد بما سعى على سيده اذا صار غنيا لانه سعى في دين سيده
وقضاء العبد مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه وفي صورة اختيه
اي اختي العتق وهما التدبير والاستيلاد سعى المدبر او ام الولد
للمرتهن في كل الدين ان عدم الراهن لان كسبهما املاك السيد وقدر
الراهن على اداء الدين بكسبهما ولهذا لا رجوع للمدبر وام الولد
على السيد اذا صار غنيا واتلافه اي اتلاف الراهن رهنه فهو

فهو كاعتاقه حال كونه عينا اي ان كان الدين حالا اخذ منه الدين
وان كان موجلا اخذ منه القيمة ليكون رهنا الى زمان حلول
الاجل واجنبي اتلفه ضمنه مرتهنه فالمرتهن هو الخصم في
تضمينه فياخذ القيمة منه وكان الضمان رهنا معه وفي
يده لانه احق بالمبدل فيكون احق بالبدل وهن اعاره
مرتهنه ليخدمه او ليعمل به عملا او اعاره احدهما باذن صاحبه
رجل اخر اجنبيا خرج من ضمان المرتهن سقط ضمانه عنه
لان الضمان عليه باعتبار قبضه وقد زال ولكل منهما ان
يرده رهنا كما كان لان الكل منهما حق فيه ولان عقد الرهن
باق الا في حكم الضمان في الحال والضمان ليس من لوازم الرهن
كولد المرهونة مرهونة وليس بمضمون بالهلاك وان مات
الراهن قبل رده اي رد الرهن الى المرتهن فالمرتهن احق
من سائر غرمائه لان حكم الرهن باق فيه لان العارية ليست
بلازمة وهذا بخلاف ما اذا اجر الرهن او باعه او وهبه
احدهما من اجنبي باذن الاخر حيث يخرج من الرهن ولا
يعود رهنا الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى
المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لان هذه التصرفات اوجبت

حقا لازما

حقا لازما للغير في المرهون فبطل به حكم الرهن ولم يتعلق با
العارية حق لازم ومرتهن اذن باستعمال رهنه اي اذا اذن
الراهن المرتهن ليستعمل الرهن يكون عارية حال العمل ان
هلك قبل ان ياخذ في عمله او هلك بعده اي بعد الفراغ من
العمل ضمن المرتهن كالرهن لبقاء الرهن وارتفاع يد العارية
بعده وان هلك حال عمله لا يضمن لان يد العارية غير مضمونة
فاذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى يد الضمان وصح استعارة
شيء من الغير ليرهن فان اطلق ولم يقيد بشيء يجري عليه
ويرهن بما شاء من قليل او كثير وعند من شاء وفي اي بلد
شاء لان المعير اطلق فالتقييد زيادة عليه فلا يجوز او قيد
بقدر او جنس او انسان او بلد يجري عليه لان التقييد مقيد
للمعير وان خالف المستعير وهلك الرهن ضمن تمام القيمة
لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا وللمعير الخيار ان شاء ضمن
المستعير ثم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان
فظهر انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ورجع المرتهن
بما ضمن من القيمة على الراهن لانه مغرور من جهة الراهن ورجع
بالدين لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان وان وافق مان

رهنه بمقدار ما امره به كانت قيمته مثل الدين او اكثر
وهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لان الاستيفاء قد
تم بهلاك الرهن فقدر دين اي ضمن الراهن للمعير قدر
دين اوفاه منه وسقط عنه بهلاك الرهن لانه صار قاضيا
دينه بهذا القدر من مال المعير ولا يضمن تمام قيمة
الرهن ان كان الدين اقل مثلا ان كان قيمة الرهن عشرة
والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين وضمن المستعير
الدين الذي اوفاه وهو عشرة للمعير وان كانت خمسة عشرة
والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين فيضمن المستعير الدين
الذي اوفاه اي العشرة ولا يضمن الخمسة وان كانت القيمة
عشرة والدين خمسة عشر فقد اخذ المرتهن بعض الدين
وهو عشرة وباقي الدين على الراهن ويضمن المستعير قدر
ما اوفاه من الدين وهو عشرة ولا يمتنع المرتهن من تسليم
الرهن الى المعير اذا قضى المعير دينه وفك الرهن لانه
سعى في تخليص ملكه ورجع المعير على الراهن بما ادى الى
المرتهن ولو هلك الشيء المستعار للرهن مع الراهن
قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن لان حفظ العين في الحالين

باذن المالك وبالهلاك قبل الرهن او بعد الانفكاك لم
يصر قاضيا شيئا من دينه بماليته والضمان انما يكون باعتبار
استيفاء الدين منه ولم يستوف وان اختلف الراهن والمعير في
قد هلك الرهن فقال المالك هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك
قبل ان ارهنه او بعد ما فككته فالقول للراهن مع يمينه لان
الضمان باعتبار استيفاء الدين منه وهو منكر وجناية
الراهن على الرهن مضمونة لانه تعلق به حق المرتهن فيضمن الراهن
ويكون الضمان رهنا عند المرتهن وجناية المرتهن على الرهن
مضمونة ايضا وتسقط الجناية من دينه بقدرها اي بقدر الضمان
الجناية ان كان الضمان بصفة الدين بان كان الدين دراهم او دنانير
اما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط وجناية الرهن عليهما اي
على الراهن والمرتهن او على مالهما هدر غير معتبر عند ابي حنيفة رح
وقالا جناية على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال بان كانت الجناية خطأ في النفس او ما دونها اما جناية الرهن
على الراهن فغير معتبر بالاتفاق لان جناية المملوك على المالك فيما
يوجب المال هدر وهذا بخلاف جناية الموجبة للقصاص اما
على المرتهن فغير مشكل واما على الراهن فلان المستحق لها دمه والمولى

من دمه كاجنبي اخر ونماء الرهن كولده وثمره ولبنه وصوفه رهن
مع الاصل يحبسه حتى يستوفي الدين لكن النماء ليس بمضمون وهلك
في يد المرتهن بلا شيء حتى لا يسقط شيء من الدين بهلاكه لانه
لم يدخل تحت العقد مقصودا وقال الشافعي رح النماء ليس برهن وبه
قال مالك رح وان هلك الاصل وبقي هو اي النماء فك بقسطه
بان يقسم الدين على قيمته اي قيمة النماء يوم الفك انما يعتبر قيمة
يوم الفك لانه انما صار له حصة من الضمان بالفك فانه
لو هلك قبل الفك هلك بغير شيء وقيمة الاصل يوم القبض
لان الاصل دخل في ضمانه يوم القبض ويسقط من الدين حصة
الاصل كما اذا كان الدين عشرة وقيمة الاصل يوم القبض عشرة وقيمة
النماء يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الاصل فيسقط وثلث
العشرة حصة النماء فيفك النماء به وتبديل الرهن يصح مثل
ان يرهن عبدا قيمته الف بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف
مكان الاول فالاول رهن حتى يرده على الراهن والمرتهن في
الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الضمان في الاول متعلق
بالقبض والدين فيبقى ما بقي القبض والدين فاذا لم يوجد الرد
بقي الاول رهنا في يده واذا بقي الاول رهنا لا يكون الثاني رهنا

لان الراهن

لان الراهن لم يرض بجعلهما رهنا وانما رضي باحدهما فاذا رد
الاول انتقض الرهن وقام الثاني مقام الاول والزيادة فيه
اي في الرهن يصح بان رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة ثم زاد الراهن
ثوبا اخر ليكون رهنا مع الاول بعشرة ثم اذا صحت الزيادة في الرهن
وتسمى هذه الزيادة زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم
القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت لان حكم الرهن في الزيادة انما
يثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها حين يثبت حكم الرهن كما
يعتبر ذلك في قيمة الاصل حتى لو كانت قيمة الاصل يوم قبضه الفا وقيمة
الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين الف يقسم اثلاثا في الزيادة
ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين والزيادة في الدين لا تصح اي اذا
رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين اخر بالشراء او الاستقراض
فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه
لا يصير الرهن الاول بالدين الحادث عند ابي حنيفة ومحمد رح بل
يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق وقال ابو يوسف رح يجوز الزيادة
فيهما ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه له وهلك
الرهن في يد المرتهن بعد الابراء والهبة ولم يمنع المرتهن الرهن
بعد طلب الراهن هلك بلا شيء ولا ضمان على المرتهن وهذا استحسان

وقال زفر لا يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا
فبقي الضمان ما بقي القبض ولنا ان ضمان باعتبار القبض والدين
لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء
والهبة لم يبق الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول
بزوال احدهما ولهذا لو رد الرهن على الراهن بعارية ونحوها سقط
الضمان لعدم القبض اما اذا منع المرتهن بعد الابراء او الهبة
بعد طلب الراهن ثم تلف في يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق
فصار بالمنع غاصبا الا بعد القبض اي لو قبض المرتهن دينه
بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك
بالدين ويجب عليه رد ما قبض للدين قبض منه وهو الراهن
او المتطوع او بعد الصلح اي صالح المرتهن مع الراهن عن الدين
على شيء ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بالدين ويبطل الصلح
ويجب عليه رد بدل الصلح او بعد الحوالة اي لو احال الراهن المرتهن
بالدين على غيره ثم هلك الدين يهلك بالدين فيرد المرتهن ما
قبض ويبطل الحوالة لان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة
محتال عليه يقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الدين الى ذمة
المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا وكذا لو تصادقا اي الراهن والمرتهن

ان لادين

ان لا دين ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بالدين الذي زعما
ان الرهن به في الاصل يعني ياخذ الراهن من المرتهن بعد الهلاك
الدين المظنون ووجهه ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند
توهم الوجود كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة لانه يحتمل
ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان تصادقا على ان لا دين بخلاف
الابراء لانه سقط به الدين وذكر شمس الائمة في المبسوط اذا تصادقا
ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن
لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الراهن ووجوب الدين
ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا واما اذا تصادقا على
ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة
لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون
الدين وذكر شيخ الاسلام اسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك
ثم هلك الرهن اختلف المشايخ والصواب انه لا يهلك مضمونا

باب الكفالة

هي لغة الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا
اي ضمها الى نفسه وشرعا ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في
المطالبة الذمة العهد لان نقضه يوجب الذم ويفسر بالامان و
الضمان وكل ذلك متقارب ويسمى محل التزام الذمة بها في قولهم

ثبت في ذمتي كذا ومن الفقها من يقول هي محل الضمان و
الوجوب وقيل هي معنى يصير بسببه الادمي على الخصوص اهلا
لوجوب الحقوق له وعليه لا في الدين وقيل في الدين وهو قول
الشافعي رح فيصير الدين الواحد دينين والاول هو الاصح لان
الدين يبقى في ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه في ذمة
الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة وقال مالك
ان الاصيل يبرا عن الدين بالكفالة كما في الحوالة وهي بالنفس
والمضمون بها احضار المكفول به وهو مذهب الشافعي رح وعنه
انها لا تصح وتنعقد الكفالة بالنفس بكفلت بنفسه قال ابو حنيفة
و محمد رح الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال
او بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له او قبول اجنبي عنه
في المجلس العقد وقال ابو يوسف رح اخرا الكفالة يتم بالكفيل وجد
القبول او لم يوجد وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا
مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف لا يواخذ به
الكفيل اي بما عبر به عن البدن وهو ما تصح اضافة الطلاق
اليه كجسده وروحه وراسه ووجهه او بجزء شايع كنصفه
وثلثه كما مر في الطلاق فلو كفل بيده او برجله لا تصح وكذا

تصح بضمنته او هو علي او الي اي انا ملتزم تسليمه لان على
للالزام والي بمعنى على قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم من ترك
مالا فهو لورثته ومن ترك كلا اي يتيما او عيالا فالي اي فعلي
وانا به زعيم لان الزعامة هي الكفالة وانا به قبيل فان
الكفيل يسمى قبيلا وسمي الصك قبالة لانه وثيقة بالحق
ولو قال انا ضامن من المعرفة فهو باطل لان موجب الكفالة
التزام التسليم وهو ضمن المعرفة دون التسليم وعامة
المشايخ قالوا لو قال اشنايي فلان بر منست او قال فلان
اشنايي من است يكون كفيلا وكانهم فرقوا بين العربية و
الفارسية ولا جبر عليها اي على الكفالة واعطاء الكفيل في
حد سواء كان حد قذف او غيره وقصاص وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا يجبر على اعطاء الكفيل في حد القذف و
القصاص لان الكفالة شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس
واجب على الاصل ههنا فتصح الكفالة به كما في دعوى المال وفي
الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة
شرعت وثيقة لنا كيلا يفوت حقنا والله تعالى غني عن
ذلك وفي القصاص وحد القذف حق العبد وله قوله عليه الصلوة

قالدوام لكفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبني
الحدود والقصاص على الدرء ويلزمه اي الكفيل احضارا
المكفول به مطلقا من غير تقييد بوقت او في وقت عين مطلقا
احضار المكفول به في ذلك الوقت ان طلب المكفول له
او مقيدا رعاية لما التزمه فان احضره فيها وان لم يحضر
حبسه الحاكم لانه امتنع عن ايفاء حق عليه فصار ظالما ولو
غاب المكفول به امهل الحاكم الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق
منه الكفيل وهذا اذا عرف مكانه وان وقع الاختلاف فقال
الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف فان كانت له
خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت
فالقول للطالب والا فالقول الكفيل وقال بعضهم لا يلتفت
الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه ويبرأ
الكفيل بموت من كفل به لانه عجز عن احضاره ويبرأ الكفيل
بتسليمه اي تسليم المكفول به حيث يمكنه اي في مكان تقدر
المكفول له مخاصمته فيه لمصر سواء كان مصرا كفل فيه او مصرا
اخر وعندهما لا يبرأ بالتسليم في مصر اخر وان سلمه في برّ
او سواد لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة لعدم الحاكم يحكم فيهما

ويبرأ الكفيل بتسليمه اي تسليم المكفول به نفسه الى المكفول
له بجهة الكفالة بان قال سلمت نفسي اليك عن الكفيل
ولو لم يقل عن الكفيل لا يبرأ ههنا اي في مكان يمكنه مخاصمته
وكذا يبرأ اذا سلمه وكيل الكفيل او رسوله بقيامهما مقامه
بخلاف ما اذا سلمه اجنبي حيث لا يبرأ ولا يشترط قبول
الطالب التسليم لان الكفيل يبرأ نفسه بايفاء ما التزم فلا يتوقف
ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا وضع الدين بين يدي
الطالب فانه يشترط قبوله وان شرط تسليمه عند القاضي اي
يبرأ بتسليمه حيث يمكنه مخاصمته وبتسليمه نفسه ههنا
وان كان شرط تسليمه في مجلس القاضي لان المقصود تسليمه على
وجه يوصله الى حقه وقد حصل وقيل في زماننا لا يبرأ لان
اكثر الناس في زماننا يعينون على الامتناع من الحضور والعناد
لغلبة اهل الفساد فكان التقييد بمجلس القضاء مفيدا مع
وان مات المكفول له فلوصيه ان كان له وصي او وارثه ان لم يكن
وصي مطالبه اي مطالبة الكفيل به اي بالمكفول به لقيام
الوصي او الوارث مقامه وان كان له على اخر مال وكفل رجل بنفسه
على انه ان لم يواف به اي لم يات به غدا فعليه المال صح الكفالتان

اي الكفالة بالنفس والكفالة بالمال فان لم يسلم النفس غدا
ضمن المال لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق
صحيح لتعامل الناس به واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال
ولم يبرا من كفالته بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين فكل واحد
منهما يتوقف حتى لو كفل بهما معا يصح وانما يبرا اذا ادى
المال لانه لم يبق للطالب على المكفول به شيء فلا فائدة في الكفالة
بالنفس وقال الشافعي لا يصح الكفالتان اما الكفالة بالنفس فلانه
مثل له لا ينقابل بما نعه ويدافعه واما الكفالة بالمال فلانها
سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح
كالبيع ولنا في الكفالة بالنفس انه يقدر على تسليمه ببيان موضعه
للطالب لان الكفيل يكون من معارفه ظاهرا فيقدر على تسليمه
بنفسه او بالاستعانة باعوان القاضي اذ الظاهر انه يكفل بنفس
من يقدر على تسليمه وبالكفالة بالمال انها يشبه النذر ابتداء
باعتبار التزام المال ويشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على
الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة فقلنا لا يصح تعليقها بمطلق
الشرط كهبوب الريح عملا بشبهه البيع ويصح بشرط متعارف كعدم
الموافاة به في وقت كذا عملا لشبهه النذر وان مات المكفول

عنه في هذه الصورة ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال
عدم الموافاة وقد وجد واما بالمال عطف على قوله اما
بالنفس فتصح الكفالة بالمال وان جهله اي المال المكفول
به اذا صح دينه نحو ان يقول كفلت بمالك عليه او بما يدركك
في هذا البيع فان جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة ولنا بناؤها
على التوسع لانها تبرع ابتداء وهذا الضمان يسمى ضمان الدرك
وهو ضمان الاستحقاق اي يضمن للمشتري رد الثمن اذا
استحق المبيع مستحق والدين الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء او الابراء
وفيه احتراز عن بدل الكتابة اذ لا تصح الكفالة به لثبوته
في ذمة المكاتب مع المنافي لانه عبد ما بقي عليه درهم
في المولى لا يستوجب على عبده دينا الا انه لحاجة الى العتق يثبت
الدين فكان ثابتا في حقه لا في حق الكفالة او علق الكفالة بشرط
ملائم لها بان كان شرط الوجوب المال نحو ما بايعت فلانا
فاني ضامن لا ما اشتريت فاني ضامن للمبيع لا يجوز او ما
ذاب لك اي حق ووجوب مستعار من ذوب الشحم عليه
اي على فلان فعلي ضمانه او ما غصبك من الناس او ذا بيع على الناس
وانما قيد بفلان حتى يصير المكفول عنه معلوما لا انها

تمنع صحة الكفالة فلو قال ما بعت من الناس او ذاب على الناس
او غصبك احد شيئا فعلي ضمانه لم تصح وان علق الكفالة
بمجرد الشرط المحض بان كان غير ملائم فلا يصح الشرط اما
الكفالة فصحيحة كان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا
كفل به الي مجيء المطر او هبوب الريح بطل الاجل وصحت
الكفالة لانهما ليستا من الاجال المتعارفة بين التجار و
الكفالة مما يصح تعلقها بالشرط فلا يبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق وان كفل بمالك واجب عليه ضمن
قدر ما قامت به بينة لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا فتحقق ما عليه فتصح الكفالة به وان لم تقم بينة
فالقول للكفيل في مقدار ما يعترف به مع يمينه في نفي
الزيادة وينبغي ان يحلف على العلم لان الحلف فيما يجب على
الغير ليس الا على العلم وصدق الاصيل في القدر الزايد على
نفسه فقط دون الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيقتصر على
الاصيل ولا يتعدى الي الكفيل بخلاف البينة فانها حجة متعدية
وان طلب الدين احدهما اي الاصيل او الكفيل فله مطالبة
الاخر ومطالبتهما معا وهذا بخلاف المالك اذا اختار احد

الغاصبين فانه ليس له ان يضمن الاخر لانه اذا ضمن احدهما
بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك
رجوعه وتمليكه من الاخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن
التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه
من احدهما صار الدين ملكا فلا يكون له مطالبة الاخر
وفي الغصب اذا اختار تضمين احدهما بلا رضاء وقضاء له
مطالبة الاخر ايضا وتصح الكفالة بامر الاصيل وبلا امره
لانه تصرف في نفسه بالتزام المطالبة فان امر الاصيل رجع بها
الكفيل عليه بما ادي بعد ادائه لانه ادي دينه بامره فيرجع
عليه ولا يطالب الاصيل قبل الاداء وان لوزم الكفيل بالمال
لازم اصيله حتى يخلصه وان حبس حبسه ايضا لانه لا
الذي ادخله في هذه العهدة فيلزمه تخليصه وابراءه اي
الطالب وتاجيله اي تاخير الطالب الدين عن الاصيل يبرئ
الي الكفيل فيبرئ الكفيل وتاخير الدين عنه اذ الدين على الاصيل
عندنا وعلى الكفيل المطالبة وهي تابعة للدين فكان من ضرورة
سقوط الدين سقوط المطالبة والتاجيل ابراء موقت فيعتبر با
المؤبد لا عكسه اي ابراء الطالب الكفيل لا يسري الي الاصيل

لان سقوط الفرع لا يوجب سقوط الاصيل وكذا التاجيل بخلاف
ما لو كفل بالمال الحال موجلا الي شهر فانه يتاخر عن
الاصيل وان صالح الكفيل الطالب عن الف علي مائة برئ
الاصيل والكفيل عن تسعمائة اذ الصلح اضيف الي الالف هو
دين علي الاصيل فيبرا الاصيل فيبرا الكفيل ايضا ضرورة واذا
ادي الكفيل المائة رجع علي الاصيل بها ان كانت الكفالة بامره
لان بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع وان
صالح عن الف علي جنس اخر فبالالف يرجع الكفيل علي الاصيل
لانه مبادلة فملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بجميع الالف عليه
فكان الطالب اشتراه بالالف من الكفيل واحاله علي الاصيل
وان صالح الكفيل عن موجب الكفالة وهو مطالبة الكفيل
لا يبرا الاصيل ويكون للطالب حق المطالبة من الاصيل لان هذا
الصلح ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يبرا به الاصيل ولا يصح تعليق
البراءة عنها اي عن الكفالة بشرط مثل ان يقول اذا قدم زيد
فانت بريء من الكفالة لان في البراءة عنها معني التمليك كسائر
البراءات كما اذا قال ان قدم فلان من السفر فانت بريء من المال
وهذا علي قول من يقول بثبوت الدين علي الكفيل ظاهر وكذا علي

قوله غيره

قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانه وسيلة
اليه والتمليكات لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت
علي الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا
محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا ترتد بالرد ابراء
الكفيل وترتد ابراء الاصيل برده ولا تصح الكفالة بالحدود
والقصاص لان كل حق لا يمكن استيفاؤه من الوكيل لا
تصح الكفالة به اذ الكفالة انما تصح في شيء مضمون تجري النيابة
في ايفائه ولا تجري النيابة في العقوبات لان الغرض من
شرعها زجر القاضي عن المعاصي وهذا لا يتحقق اذا
اقيم علي غير الجاني وهذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من
عليه الحد فقد سبق بيانه ولا بالمبيع علي معني انه لو هلك قبل
القبض فعلي بدله اي قيمته لم يصح لان المبيع عين مضمون بغيره
وهو الثمن فانه لو هلك المبيع في يد البائع قبل القبض لا يجب
علي البائع شيء وانما يسقط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا
علي البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقيق معني
الكفالة اذ هي ضم الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين
فان ما ثبت علي الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته

في حق الكفيل وما لا يمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا
عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل ما المراد الكفالة بمالية
اما الكفالة بتسليم المبيع بعد دفع الثمن الى البائع فتصح بتحقق معنى
الضم في المطالبة فان [illegible] المبيع كالبائع لكن لو هلك
لا يجب على الكفيل شيء [illegible] بخلاف الثمن بان كفل للبائع عن
المشتري بالثمن فانه تصح لانه دين كسائر الديون ولا بالمر
هون بان كفل للراهن عن المرتهن به بمعنى انه لو هلك فعلى
بذله اي قيمته لان المرهون عين مضمون بغيره وهو الدين
فلا يمكن تحقق معنى الكفالة على ما ذكرنا في المبيع ولو كفل بتسليم
المرهون عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن
الدين تصح ولا بالامانات لانها غير مضمونة كالوديعة و
العارية والمستاجر ومال المضاربة ومال الشركة وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله العين في يد الاجير المشترك مضمونة فتصح الكفالة
به عندهما ولو كفل بتسليم المستاجر فتصح لان التسليم مستحق على المو جر
ونقل عن التحفة ان الكفالة بالامانة غير واجبة التسليم كال
الوديعة ومال المضاربة ومال الشركة لا يصح اصلا اي بنفسها
ولا بتسليمها والكفالة بامانة واجبة التسليم كالعارية تصح

بتسليم

بتسليم العين ومتى هلكت لا يجب شيء وان عين العارية غير مضمونة
لكن تسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة
بتمكين المودع من اخذ الوديعة صحيحة ولا تصح الكفالة بما
الحمل على دابة مستاجرة معينة لان المستحق تسليم الدابة و الكفيل
عاجز عنه لانها ملك الغير وان كانت الدابة غير معينة صحت
الكفالة لان المستحق هو الحمل ويمكنه الحمل على دابة نفسه و
بخدمة عبد مستاجر كذا اي معنى كما في الدابة ولا عن ميت
مفلس اي اذا مات المديون مفلسا فتكفل عنه رجل للغرماء
لم تصح عند ابي حنيفة رح وعندهما تصح لانه كفل بدين واجب فتصح
كما في حال حيوته وله ان ذمة الميت قد ضعفت عن الاداء
الدين في الحقيقة فعل الاداء ولهذا يوصف بالوجوب وبعد ما
مات لا يتصور منه الاداء فسقط الدين في حق احكام الدنيا والكفالة
بالساقط لا يجوز اما اذا بقي منه مال يتعلق الدين بماله فلا
يسقط ولا تصح بلا قبول الطالب في المجلس وقال ابو يوسف رح
اذا بلغه الخبر فاجاز يجوز وقيل يجوز عنده بوصف النفاذ و رضا
الطالب ليس بشرط عنده والخلاف في الكفالة بالنفس والمال كلا
في المسئلة واحدة وهي ما اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي

من الدين لغير مابقي وكفل الوارث عن مورثه في مرضه
مع غيبة غرمائه فانها تصح استحسانا بطريق الوصية من
المريض للوارث بان يقضي دينه ولهذا تصح وان لم يسم
المريض الدين ورب الدين فان الجهالة لا تمنع صحة الوصية
ولا ببدل الكتابة حر يكفل به او عبد لانه ليس بدين صحيح لثبوته
مع المنافي لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والمولى لا
يستوجب على عبده دينا ولا العهدة اي من اشترى عبدا
فضمن له رجل بالعهدة بطل الضمان لان العهدة اسم مشترك
فقد يقع على الصك القديم لانه وثيقته بمنزلة كتاب العهدة
وهذا ملك البائع وفي يده ولا يلزمه التسليم الى احد وقد
يقع على العقد لانها اخذت من العهد والعقد والعهد سواء
ويقع على حقوق العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر
العمل بها قبل البيان فبطل الضمان والخلاص اي ان ضمن
الخلاص بطل ايضا عند ابي حنيفة رح لان تفسيره عند تخليص
المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشتري لا محالة وهو باطل
لانه ضمن ما لا يقدر على الوفاء به وضمن تخليص المبيع ورد
الثمن صح الضمان وعندهما ضمان الخلاص لانه عندهما

مفسرهما

مفسر بضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين وهذا كالدرك
ولا يصح ضمان المضارب الثمن لرب المال اي ما اذا باع المضارب
مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حقوق القبض
للمضارب فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه ولا ضمان الوكيل
بالمبيع لموكله اي اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن
عن المشتري للآخر لم يصح لان حق مطالبة الثمن للوكيل فيصير
ضامنا لنفسه ولا ضمان احد البائعين حصة صاحبه من
ثمن عبد باعاه بصفقة واحدة لان الصفقة اذا كانت
واحدة فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح الضمان فما
يؤديه الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان
للضامن ان يرجع بنصيبه على الشريك لان ما يستحق بنصيب احدهما
للآخر ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما
وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا للباقي ثم وثم الى ان لا
يبقى شيء في هذا الضمان ابتداء لبطلانه انتهاء ولو باعا العبد
صفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن
احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان وصح ضمان
الخراج لانه دين واجب حبس به ويلازم لاجله ويطالب

به اشد المطالبة فاشبه ساير الديون والمراد بالخراج
الخراج الموظف وهو الذي يجب في ذمته بان يوظف الامام
كل سنة على مال يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام
ما يخرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى
الدين والنوائب ان اريد بها ما يكون بحق ككري الانهار
المشتركة خاصة فابى واحد من الكري وانفق شريكه بامر
من القاضي يصير حصة الابي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها
وكذا اجرة الحارس بين قوم مصونة تصح الكفالة لها
وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز
الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال
او احتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس مالا
فهو واجب مضمون تصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق
كالجبايات في زماننا اختلف المشايخ قال بعضهم لا تصح الكفالة
لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء ههنا
على الاصيل وقال بعضهم تصح لانها في حق توجه المطالبة
فوق ساير الديون ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب
على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ ظالما في الاخذ

القسمة قيل هو النائبة الموظفة الراتبة وهي الموظفات
الديوانية في كل شهر او شهرين والمراد بالنوائب ما ينوبه
غير راتب بل يلحقه احيانا فيحتمل ان يقع ان لا يقع وقيل
معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه و
امتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان بها صح لان القسمة واجب
عليه وقيل المراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم الغلة
اذا كان الخراج مقاسمة وان كانت النوائب والقسمة بغير
حق كما ذكرنا ومال لا يجب على عبد حتى يعتق حال على من كفل به
مطلقا مال مبتدا لا يجب صفة حال خبره اي ان اقر عبد باستهلاك
مال وكذبه المولى او قرضه انسان او باعه وهو محجور او وطي
امراة بشبهة بغير اذن الولي فضمن رجل هذه الاموال عن العبد
مطلقا اي لم يذكر الحلول والتاجيل صحت الكفالة ويجب على الكفيل
المال حالا اما صحة الكفالة فلانه كفل بدين مضمون على الاصيل
واما الحلول فلان الدين على العبد حال لوجود سببه وانما لا
يطالب العبد قبل عتقه لمانع عسرته لان جميع ما في يده ملك سيده
ولا مانع في حق الكفيل فيجب حالا ربطل دعوى ضامن الدرك مثل
ان يقول للمشتري انا ضامن الثمن ان استحق المبيع لانه تغيب

للمشتري فصار الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه لنفسه
بعد ذلك وبطل دعوى شاهد كتب شهد بذلك على صك
الشراء وقد كتب فيه اي في الصك باع ملكه او باع بيعا
باتا نافذا فاذا ادعى الملك لنفسه يكون مناقضا فالتناقض
يبطل الدعوى بخلاف شاهد كتب في صك الشراء شهد
على اقرار العاقدين فانه لا يكون كتابة الشهادة على هذا الوجه
اقرارا بان البائع باع ملكه فيصح دعواه الحوالة
اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على رجل فاحتال
زيد به على الرجل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال
محال به والرجل محال عليه وقوله للمحتال المحتال له لغو لا
حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل وشريعة اي اثبات
دين على اخر اي على المحتال عليه وفيه احتراز عن الكفالة
على الوجه الاصح مع عدم الدين على المحيل بعده اي بعد الاثبات
فان الدين لم يبق بعد الحوالة على المحيل بل انتقل الى ذمة
المحتال عليه وبرئ المحيل عن الدين واذا كان كذلك فهي بشرط
عدم براءته اي المحيل كفالة وهذه اي الكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة فان المعتبر هو المعاني الا يرى ان الهبة بشرط

العوض

العوض بيع وتصح الحوالة بلا دين للمحتال على المحيل فان
قيل اذا احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من
ذمة الى ذمة قلنا الحوالة يستعمل في التوكيل ويستعمل في نقل
الدين فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا با
الدين بل لما كان محتملا كان القول قول من الجهه مع
يمينه ووجب القول بالادنى وهو التوكيل فان قيل لو كان
توكيلا ينبغي ان يشترط رضا المحتال قلنا هو توكيل من وجه
حوالة من وجه فيعمل بالشبهين وتصح به اي بدين على
المحيل برضاهما اي رضاء المحيل والمحتال وبرضا المحتال
عليه اي الذي قبل الحوالة اما رضاء المحتال فلان الدين حقه
والدين ينتقل بالحوالة فلا بد من رضاه لما التفاوت في
الذمم واما المحيل وهو المديون فليس بشرط ذكره في الزيادات
لانه لا ضرر له في التزام المحتال عليه الدين بل فيه نفعه صورته
ان يقول رجل للطالب ان لك على فلان الفا فاحتله علي فرضي
بذلك الطالب صحت الحوالة وبرئ الاصيل وفي رواية القدوري
رضى المحيل شرط واختار في المتن هذه الرواية واذا تمت الحوالة
فيبرأ المحيل من الدين بقبول المحتال ولا يرجع المحتال على المحيل وقال

نفسه لا يبرا المحيل كما في الكفالة لا يقال لو انتقل الدين من ذمة
المحيل الي ذمة المحتال عليه و يبرا المحيل من الدين لما
اجبر الداين على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضا
دينه لانا نقول يحتمل عود المطالبة الي المحيل بالتوي فلم يكن
متبرعا لان المتبرع من يقصد الاحسان الي الغير من غير
ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الادا قصد
دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة و الحبس
حال اعتباره ولا يكون متبرعا الا ان يتوي اي يهلك حق المحتال
والتوي عند ابي حنيفة رح باحد الامرين اما بموت المحتال عليه
مفلسا و لم يترك كفيلا او بجحد المحتال عليه الحوالة و حلفه
منكرا الحوالة لا بينة للطالب عليها لان التوي ما يتحقق عنده
العجز عن الوصول الي الحق و يتحقق بكل واحد منهما و قالا بهذا
و وجه ثالث بان فلسه اي حكم بافلاسه القاضي حال حيوته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق لحكم القاضي عنده لان المال
غاد و رايح فقد يصبح الرجل فقيرا و يمسي غنيا و بالعكس و عندهما
يتحقق و قال الشافعي رح لا يعود الحق الي ذمة المحيل وان توي
و تصح الحوالة بلا دين للمحيل على المحتال عليه فاذا طلب المحتال عليه

بمثل ما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل
الدين و لا يقبل قوله لتحقق سبب رجوع المحتال عليه لانه قضى
دينه بامره وهو سبب الرجوع و المحيل يدعي المحتال عليه دينا وهو
ينكره و القول للمنكر و تصح الحوالة بدراهم الوديعة اي من اودع
رجلا دراهم و احال بها عليه رجلا اخر صح لان المودع و هو
المحتال عليه اقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة و لكن يبرا
المحتال عليه بهلاكها اي بهلاك دراهم المغصوبة التي غصبها
المحتال عليه و لكن لم يبرا المحتال عليه بهلاكها لانها فاتت الي
خلف وهو الضمان و يصح بدين للمحيل عليه اي على المحتال عليه
و الاصل في جميع ذلك ان الحوالة نوعان مقيدة بدين لا محيل محلا
محتال او بعين في يده بغصب او وديعة و مطلقة بان يرسل
الحوالة ارسالا و لا يقيدها بدين او عين او يحيل على رجل ليس
عليه دين و لا في يده عين كما يقول المديون لرب الدين احلتك
بالالف التي على هذا الرجل و لم يقل ليؤديها من المال الذي
عليه او العين التي عنده من غصب او وديعة فلا يطالبه
اي المحتال عليه في الحوالات المقيدة الا المحتال لان الحوالة
المقيدة بتضمن امرين احدهما توكيل المحتال بقبض الدين او

الوديعة لان المحتال عليه النسم الاداء من دراهم الوديعة فاذا هلكت بطل
و ذلك ... الدراهم

للمحيل على المحتال عليه

العين من المحتال عليه والثاني امر المحتال عليه [illegible] يم ما عليه
الي المحتال فلا ياخذ المحيل ذلك من المحتال [illegible] لتعلق حق
المحتال به وليس للمحتال عليه ان [illegible] ها الي المحيل فان دفع
ضمن للمحتال لانه استهلك [illegible] لق به حق المحتال وفي الحوالة
المطلقة للمحيل الط[illegible] محتال عليه دينه وغصبه ووديعته
[illegible] الطلب فلا تبطل الحوالة باخذ المحيل ما
عليه ا[illegible] المحتال عليه من الدين او عنده من الغصب والوديعه
سوا كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما في المطلقة فظاهر واما
في المقيدة لانه ليس للمحيل حق الاخذ فاذا دفع اليه المحتال عليه
دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه فلا تبطل الحوالة
ويكره السفتجة وهي بضم السين وفتح التاء تعريب سفته و
صورتها ان يدفع الي تاجر مالا بطريق اقراض ليدفع الي صديقه
في بلد اخر وانما يدفعه بطريق الاقراض لا علي سبيل الامانة لسقوط
خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض
الي المقرض في بلد اخر بقدر المقرض ليستفيد به في سقوط
خطر الطريق وانما سمي هذا القرض بها لان معني محكم سفتة
وفي هذا النوع من القرض احكام الاسر فان لم تكن المنفعة مشروطة

ولماكان فيه عرف ظاهر فلا باس به ولهذا اوردها
في اخر كتاب الحوالة [illegible] الوكالة هي في اللغة بالكسر و
الفتح مصدر وكل وعنه دكاله فتوكل به اي قبل الوكالة والوكيل
القائم بما فوض الله والجميع الوكلاء وكانه فعيل بمعني مفعول
لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي الشريعة تفويض
الامر الي [illegible] الي غيره واقامة مقام نفسه وشرطه اي
شرط التفويض ان يملكه اي التصرف الشرعي الموكل بنفسه
لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من جهته
ومن لا يقدر علي شي كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا قول ابي
يوسف ومحمد رحمهما واما علي قول ابي حنيفة رحمه فالشرط ان يكون التوكيل
حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس
بشرط حتي يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشرا الخمر والخنزير
وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون
مالكا للتصرف نظرا الي اصل التصرف في الاصل وان امتنع بعارض
النهي وشرطه ان يعقله الوكيل اي يعرف ان الشراء جالب
للمبيع سالب للثمن والمبيع علي عكسه فلو وكل صبيا لا يعقل او مجنونا
بطل التوكيل ويقصده اي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم والر

تصرفه فان لا ينقطع عن الامر ثم فرع على الشرائط المذكورة و
قال فصح توكيل الحر البالغ او الماذون اي الصبي العاقل الذي
اذن له الولي او العبد الذي اذنه المولى مثلهما اي مثل البالغ
والماذون فالاقسام تسعة لانه اما ان يكون الموكل حرا وهي
ثلثة توكيل الحر الحر وتوكيل الحر الصبي وتوكيل الحر العبد واما
ان يكون الموكل صبيا ماذونا وهو ايضا توكيل الصبي حرا بالغا
وتوكيل الصبي صبيا وتوكيل الصبي عبدا واما ان يكون الموكل
عبدا ماذونا وهو ثلثة ايضا توكيل العبد حرا وتوكيل العبد عبدا
وتوكيل العبد صبيا وعبارة المتن تشمل جميع هذه الاقسام
فان تقدير الكلام صح توكيل الحر مثل الحر والماذون او توكيل
الماذون مثل الحر والماذون بمعنى ايهما وقع صح ولا شك
في شموله الاقسام فما قيل لو قال كلا منهما لكان اشمل محل
تامل وكانه حمل العبارة على ان المراد توكيل الحر مثله وتوكيل
الماذون مثله وانت تعلم انها اعم وصح توكيل الحر والماذون
وصبيا عاقلا وعبدا محجورين لان كلا منهما اهل التصرف
حتى ينفذ تصرفهما بالاذن ولكن يرجع الحقوق اي حقوق
العقد الى موكلهما ولا يرجع اليهما لان في رجوع الحقوق اليهما

ضررا بالصبي وبالسيد فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان
المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور
له خيار الفسخ بكل متعلق بيصح اي صح التوكيل بكل ما يعقده
الموكل بنفسه كالبيع والشراء والاجارة والطلاق والخلع والصلح و
والاعارة والاستعارة والهبة والصدقة والايداع والرهن
والارتهان والاقراض وكذا القاضي الدين بالخصومة في كل
حق والشرطان يكون التوكيل بالخصومة برضاء الخصم فلا
يصح التوكيل عند ابي حنيفة رحمه الله الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل
مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يصح التوكيل
بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ثم قيل الخلاف في الصحة
والصحيح ان الخلاف في اللزوم فعنده هي صحيحة غير لازمة
حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وهذا
بخلاف حالة المرض والسفر فانه ليس للخصم حق المطالبة ما
حضار الموكل للعجز عن الحضور والمريض اذا لم يمكنه
الحضور بنفسه ويمكنه بركوب الدابة والحمل على ايدي الناس
يلزم منه التوكيل بلا رضاء الخصم وان كان لا يزيد لو كان
مرضا فالاصح واذا قال انا اريد السفر يلزم التوكيل بلا

رضا خصمه طالبا كان الموكل او مطلوبا وكانت المراة مخدرة
ولم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قيل يلزم التوكيل
والحقوها بالمريض والمتاخرون اختاروا الفتوى ان القاضي
اذا علم من الخصم التعنت في اباء الوكيل لا يمكنه من ذلك
ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار
بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضا صاحبه و
صح التوكيل بايفائه اي باداء كل حق واستيفائه اي قبض
كل حق الا في استيفاء حد وقصاص بغيبة موكله عن المجلس لا
نهما يسقطان بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير
لما فيه من نوع شبهة وقال الشافعي رح يستوفي القصاص في حال
غيبة الموكل ويجوز التوكيل باثبات حد السرقة والقذف و
القصاص باقامة الشهود واذا ثبت فللموكل استيفاؤه وقال
ابو يوسف رح لا يصح التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقا
مة الشهود ايضا وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع
ابي حنيفة رح وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل واما
عند حضوره فهو جائز اجماعا والتوكيل باثبات حد زنا
وحد شرب الخمر لا يصح اتفاقا ويرجع الحقوق الى الوكيل لا الى

الموكل

الموكل في كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي لا يحتاج فيه الى
الاضافة الى الموكل مثل بيع وشراء واجارة وصلح عن اقرار فان
الوكيل في هذه العقود يكفي ان يقول بعت واشتريت واجرت و
استاجرت وصالحت ولا يحتاج الى ذكر الموكل فيسلم الوكيل المبيع
في الوكالة بالبيع ويقبضه في الوكالة بالشراء ويقبض ثمن
مبيعه ويجب عليه ثمن مشتريه فيطالب به ويسلمه ولو قال
او الثمن عطفا على المبيع بمعنى يسلم الوكيل الثمن ويقبضه لم
يحتج الى قوله وثمن مبيعه وعليه وثمن مشتريه ويخاصم
في الرجوع عند الاستحقاق اي استحق المبيع عن المشتري يرجع بالثمن
على الوكيل ويخاصم في العيب اذا باع ويخاصم فيه اذا اشترى وكذا
يخاصم في شفعة ما اشترى وهو اي المبيع في يده اي في يد الوكيل
بخلاف ما اذا اسلمه الى الموكل فحينئذ لا رد بالعيب الا باذنه ويخاصم
هو في الشفعة وقال الشافعي رح يرجع الحقوق الى الموكل واعلم ان
الحقوق نوعان نوع يكون للوكيل كقبض المشتري اذا كان
وكيله بالشراء ومطالبة ثمن المبيع اذا كان وكيله بالبيع والمخاصمة
في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور
لكن لا يجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال ونوع

يكون الحق على الوكيل كتسليم المبيع وتسليم الثمن وبينهما
ففي هذا النوع يكون الوكيل مدعي عليه فللمدعي ان يجبره على
ذلك ويثبت الملك في باب الوكالة بالشرا للموكل ابتداء
اعتبارا بالتوكيل السابق هذا هو الصحيح وقيل يثبت الملك
للوكيل اولا ثم ينتقل منه الي الموكل فكانه جري عقد بينهما
وان لم يكن ملفوظا بل مقتضي للتوكيل السابق فلا يعتق
قريب وكيل شراه لانه لم يملكه وهذا على تقدير ثبوت الملك
للموكل ابتداء ظاهر اما على تقدير ثبوت الملك للوكيل ابتداء
فلا يعتق ايضا لانه يثبت للوكيل ملك غير مستقر بل ينتقل
الي الموكل ويرجع الحقوق الي الموكل في كل عقد يضيفه الوكيل
الي موكله مثل نكاح فانه لو اضافه الي نفسه كان النكاح له و
خلع وصلح عن انكار وعن دم عمد وعتق على مال وكتابة
وتصدق وهبة واعارة وايداع ورهن واقراض وكذا
الاستعار والاستيهاب والارتهان فالحكم والحقوق كلها
يتعلق بالموكل وكذا الوكالة بالشركة والمضاربة اما الوكيل
بالاستقراض فلا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للموكل
الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان

ويستقرض فحينئذ يثبت الملك للمستقرض والفرق
بين الصلح عن اقرار والصلح عن انكار ان الاولي كالبيع يلزم
تسليم البدل على الوكيل واما الثاني فهو فداء يمين في حق
المدعي عليه فالوكيل سفير ولا يرجع الحقوق اليه فمعني اضافة
الصلح عن الانكار الي الموكل ان حقوقه يرجع الي الموكل في
المعني فان زيدا اذا ادعي دارا على عمرو والمائة ويقبل الوكيل
هذا الصلح يلزم على عمرو تسليم المائة لا على الوكيل فالصلح في
المعني مضاف الي عمرو ولهذا يكون الوكيل سفيرا محضا
ولا يلزم عليه شيء وكانه قال صالحت من جهته عمرو بالاتي
اذ الوكيل في البيع لو اضاف العقد الي الموكل بان قال بعت له
يرجع الحقوق الي الوكيل لا الي الموكل وان اضاف العقد اليه
لفظا لانه في المعني غير مضاف فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر
بناء على ان حقوق النكاح لا يرجع الي الوكيل وكذا لا يطالب
وكيلها اي وكيل الزوجة بتسليمها وكذا لا يطالب وكيلها
ببدل الخلع وان وكل بالبيع فباع الوكيل فطالب الموكل المشتري
بالثمن للمشتري منع الثمن من موكل بائعه لان حق القبض
للوكيل والموكل كالاجنبي عن حقوق العقد فان دفع المشتري

الثمن اليه اي الي الموكل صح اذ الثمن المقبوض حق الموكل
لانه بدل ملكه ولا يطالب الوكيل المشتري بالثمن ثانيا
لان الحق وصل الي مستحقه في الوكالة بالبيع والشراء
وان وكل رجلا بالبيع والشراء لا يصح بيع الوكيل وشراؤه ممن
ترد شهادته له عند ابي حنيفة رح مواضع التهمة مستثناة
من الوكالات ويتهم بالعقد مع هؤلاء وقالا يجوز بيعه
منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وصح بيع الوكيل با
البيع مطلقا بما قل من الثمن او كثر والعرض وهذا عند
ابي حنيفة رح لانه مامور ببيع مطلق وقد اتي ببيع مطلق خال
عن التهمة فيصح وقالا لا يصح بيعه بنقصان لا يتغابن الناس
في مثله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير وهو قول الشافعي رح
وصح بالنقد والنسية عندنا لانه امره ببيع مطلق والتقييد بالثمن
الحال يبطل صفة الاطلاق والبيع بالنسية معتاد بين
التجار كالبيع بالنقد وعند الشافعي رح لا يبيع الا بالنقد
وصح بيع الوكيل نصف ما وكل ببيعه وهذا عند ابي حنيفة رح
لان التوكيل مطلق وهو يتناول المفرق والمجتمع الا يرى
انه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز فاذا باع

النصف

النصف به اولى ان يجوز وعندهما لا يصح لان بيع الباقي ان
يختصما او صح اخذه اي اخذ الوكيل بالبيع رهنا بالثمن
او كفيلا بالثمن لان حق الاستيفاء للوكيل والرهن والكفالة
يؤكد ان الاستيفاء فيملكهما الوكيل فلا يضمن الوكيل ان
ضاع الرهن في يده لانه صار كانه استوفى الثمن الا يرى انه
لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده لا يضمن او توى ما
على الكفيل بان يرفع الامر الي القاضي يرى براءة الاصيل بنفس
الكفالة كما هو مذهب مالك رح فيحكم ببراءة الاصيل فتوى
المال على الكفيل فلا ضمان على الوكيل وتقيد شراء الوكيل بمثل
القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن
في مثله هذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح بين البيع والشراء ان
التهمة تمكنت في الوكيل بالشراء لجواز انه اشترى لنفسه فلما
لم يعجبه لغلاء الثمن اراد ان يحوله على الآمر حتى لو كان وكيل
شراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه
وهي اي الزيادة التي يتغابن ما تقوم به مقوم من المقومين
وقيل تقدير ما يتغابن الناس فيه في العروض ده نيم وفي الحيوان
ده يازده وفي العقار ده دوازده وانما وقع التفاوت لان

التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار وفي الحيوان
بين الامرين وكلما كثر التصرف قل الغبن لكثرة الممارسة و
توقف شرا النصف ما وكل بشرائه على شراء الباقي وهذا بالاتفاق
ايضا والفرق لابي حنيفة بين البيع والشراء ان في الشراء يتحقق
التهمة فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم ان الشركة عيب
اراد ان يحوله على الامر كما ذكرنا ولو رد مبيع على وكيل بعيب
رده الوكيل على امره لان الاصل ان الوكيل بالبيع والشراء هو الخصم
في العيب لانه من حقوق العقد فان كان العيب لا يحدث مثله كالسن
الزائدة والاصبع الزائدة ولا يحدث مثله في هذه المدة رد القاضي
بغير بينة ولا يمين لعلمه يقينا بكونه عند البائع وقد اشترط
في العيب الذي لا يحدث مثله ان يكون القضاء بالبينة
او النكول والاقرار فمعنى الاشتراط ان يشتبه على القاضي ان
هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث في مدة شهر مثله
لكن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج القاضي الى هذه الحجج ليظهر
التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن
في الفرج ونحوه وقول النساء وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد حتى لو

عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها
فالرد على الوكيل رد على الموكل فاما اذا كان العيب مما يحدث
مثله فان رد بالبينة كان الرد على الوكيل ردا على الموكل لان البينة
حجة في حق الناس كافة كذا اذا رد بالنكول لان الوكيل مضطر في
النكول والموكل هو الذي اوقعه فيه فالوكيل رد على الموكل
وكيل اقر بعيب يحدث مثله فالرد على الوكيل لا يكون ردا على
الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره
ولكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيرده ببينة او نكول اذا كان
الرد بقضاء القاضي باقرار الوكيل وان كان المشتري رده بنفسه
باقرار الوكيل من غير قضاء القاضي والعيب مما يحتمل الحدوث
لزم الوكيل ذلك ولا يكون له ان يخاصم موكله بحال لان هذا
فسخ بالتراضي او كان له حكم عقد جديد في حق الموكل فكان
الوكيل اشتراه من المشتري وان كان العيب لا يحدث مثله والرد
بغير قضاء باقرار الوكيل لزم الموكل بلا خصومة في رواية
وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل
وان باع الوكيل شيئا وقال قد اطلق الامر اي امرني بالبيع
مطلقا وقال الامر بل امرتك بالبيع بنقد صدق الامر لان

الامر يستفاد من جهة الامر فكان القول له وفي المضاربة
اي اذا قال رب المال للمضارب امرتك بالبيع بالنقد وقال
المضارب بل دفعته مضاربة ولم تتبين شيئا صدق المضارب
لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ثم مطلق الامر بالبيع
ينتظم النقد والنسية الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما
يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف بين
التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما و
اذا وكل وكيلين لا يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما
اذا وكلا به كالبيع ونحوه لان الموكل رضي برايهما فاذا
انفرد احدهما بطل غرضه وهذا اذا وكلهما بكلام واحد بان
قال وكلتكما ببيع عبدي هذا او بخلع امراتي اما اذا وكلهما
بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف الا ان يوكلهما
في خصومة فلاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان المشهور
بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب
ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط
ولكنهما لا يقبضان الا معا لان اجتماعهما على القبض ممكن
الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما وقال زفر لا يصح الا

نفرد

نفراد بالخصومة والا في رد وديعة بيد ردها لانه اذا وكل
وكيلين بقبض وديعة ليس لاحدهما ان ينفرد بالقبض فقط
وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا لان هذه الامور
لا يحتاج الى الراي وفي التعبير المحض عبارة الواحد كعبارة
العدد ولا يصح بيع عبد ومكاتب مال صغيره مسلما كان الصغير
او ذميا او ذمي مال صغيره المسلم وشراؤه اي شراء للصغير بماله
اذ لا ولاية للعبد والمكاتب في مال ولدهما الصغير ولا ولاية
للذمي في مال صغيره المسلم ومن دفع الى اخر دراهم ووكله
ان يشتري له طعاما فان الامر بشراء الطعام يقع على البر في دراهم
كثيرة ويقع على الخبز في دراهم قليلة ويقع على الدقيق في دراهم
متوسطة بين القليلة والكثيرة من واحد الى ثلثة قليلة ومنها
الى خمسة او ستة متوسطة والقياس ان يتناول الطعام كل مطعوم
لاطلاق الاسم ووجه الاستحسان ان الطعام متى قرن با
البيع والشرا يراد به البر ودقيقه او الخبز قيل هذا عرف اهل
الكوفة فان سويق الحنطة ودقيقها يسمى سويق الطعام فاما
في غير عرف اهل الكوفة ينصرف الى شرا كل مطعوم وبعض مشايخ
ما وراء النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير

ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه نيده في التوكيل اليه دون
الحنطة والدقيق قال الصدر الشهيد وعليه الفتوي واذا لم
يدفع الي الوكيل شيا وقال اشتر لي حنطة لم يجز على الامر لانه
لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات
كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود
الامر بما سمي له وفي امر متخذ الوليمة يقع الطعام على الخبز
فقط سواء كان الدراهم كثيرة او غيرها بدلالة القرينة والامر
بشراء حمار يصح اي يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن
لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما الجهالة في الوصف
والامر بشراء دار يصح ان ذكر ثمنها ومحلتها لانها تختلف ما
اختلاف الجيران والحال اختلافا فاحشا وبشراء شي علم
جنسه من وجه وذكر نوع وثمن عين نوعا الاصل ان الجهالة
ثلاثة انواع جهالة فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل
بشراء الثوب والدابة والرقيق فان تحت كل منها اجناسا
وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن وجهالة يسيرة وهي جهالة
النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل وجهالة متوسطة
وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد وامة او دار

فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع
وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس اذا
ثبت هذا فنقول يصح التوكيل بشراء فرس او بغل او حمار
وان لم يسم الثمن لان هذه جهالة النوع وكانت يسيرة
ويمكن دركها بالنظر الي حال الموكل وصح التوكيل بشراء عبد
وامة او دار ان سمي ثمنا لانه قلت الجهالة اذ يمكن دركها
بحال الموكل وان لم يبين الثمن لا يصح لانه يحتمل انواعا من العبد
فكالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد وكذا الامة
واما الدار فكما ذكرنا فان بين النوع كالتركي مثلا وذكر
ثمنا علم به النوع يصح التوكيل لا يصح الامر والتوكيل ان فحش
جهالة جنسه كالرقيق فانه ينقسم الي ذكر او انثي وهما
في بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد فان كلا منهما قد قصد به
للجمال كالتركي وقد قصد به الخدمة كالهندي وكذا الثوب
والدابة فان الثوب يتناول اجناسا شتي من الاطلس الي الكساء
والدابة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يقع على
الفرس والحمار والبغل وان امر رجلا بشراء عبد بالف صدق
الوكيل في قوله اشتريت عبدا للامر فمات العبد عندي وقال

الامر بل شريت العبد لنفسك انكان دفع الامر الثمن الي
الوكيل لانه امين ادعي الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي
الثمن عليه وهو منكر الثمن والا اي وان لم يدفع الامر الثمن
فللامر يصدق لان الوكيل اخبر عما لا يملك استينافه وهو
الشراء وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر والقول للمنكر وهذه
المسئلة علي ثمانية اوجه لانه اما ان يكون الثمن منقودا او لا
وكل وجه علي وجهين لانه اما ان يكون العبد حيا حين اخبر
الوكيل بالشراء او ميتا فانكان مامورا بالشراء عبد بعينه
فان اخبر بشرائه والعبد قائم حي فالقول للمامور اجماعا
منقودا كان الثمن او غير منقود وانكان العبد ميتا حين اخبر
فقال هلك عندي بعد الشراء وانكره الموكل فانكان الثمن غير
منقود فالقول للامر وانكان الثمن منقودا فالقول للمامور
وانكان العبد بغير عينه فانكان حيا فقال المامور اشتريته لك
وقال الامر بل هو عبدك فانكان الثمن منقودا فالقول للمامور
وان لم يكن منقودا فالقول للامر عند ابي حنيفة رح وعندهما
القول للمامور وانكان العبد ميتا وهي مسئلة الكتاب فان لم
يكن الثمن منقودا فالقول للامر وانكان منقودا فالقول للمامور

والوكيل

وللوكيل بالشراء حبس المبيع من امره ليقبض ثمنه وان لم
يدفع الوكيل الثمن الي بايعه لانه يعتبر مبادلة حكمية بين الموكل
والوكيل فكان الوكيل بائع والموكل مشتر وللبائع حبس المبيع لقبض
الثمن وعند زفر رح ليس له حق الحبس فان هلك في يد الوكيل
بعد الحبس ضمن ضمان المبيع وسقط كل الثمن قيمته او اكثر
عند ابي حنيفة ومحمد رح لانه لما كان الوكيل مع الموكل كالبائع
مع المشتري يسقط كل الثمن بهلاكه وعند زفر رح يضمن الوكيل
القيمة ضمان الغصب وعند ابي يوسف رح يضمن ضمان الرهن حتي
لوكان فيه وفاء بالثمن سقط ولا رجع بالفضل علي الموكل
فانكان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف وانكان الثمن عشرة
والقيمة خمسة عشر فعند زفر رح يضمن خمسة عشر وعند الباقين
يضمن عشرة وانكان بالعكس فعند زفر رح يضمن عشرة فيطالب
الخمسة من الموكل وكذا عند ابي يوسف ومحمد رح لان الرهن
يضمن باقل من قيمته ومن الدين وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر وقوله بعد الحبس احتراز
عما اذا هلك قبل الحبس فللوكيل ان يرجع بالثمن علي الامر و
ليس للوكيل بشراء عين بعينه شراءه لنفسه اي لو وكله بشراء شيئ بعينه

ليس له ان يشتريه لنفسه ولو اشتري لنفسه فهو للآمر لانه
لقبول الوكالة التزم ان ما يوجد من شرائه لهذا العين فهو
للموكل وهو اعتمد عليه وان كان الثمن مسمي وشري بخلاف ثمن
سمي للموكل وقع الشراء له اي للوكيل لانه خالف امر آمره فنفذ
الشراء عليه فان شرائي بخلاف جنس ثمن مسمي وللوكيل بالخصومة القبض سوا كان
الخصومة في الدين او في العين هذا اصل الرواية وهو قول
علمائنا الثلثة خلافا لزفر رح ولكن يفتي الآن بخلافه اي
يفتي علي قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء فلا يوكل من لو
تمن في الخصومة يوتمن علي المال وللوكيل بقبض الدين
الخصومة عند ابيحنيفة رح حتى لو اقام المدعي عليه البينة
ان رب الدين استوفي منه وابراه تقبل بينته وقالا لا يكون
خصما وهو رواية الحسن عن ابيحنيفة رح لا للوكيل بقبض
العين فانه لا يملك الخصومة حتي ان من وكل بوكيله بقبض
عبد له وغاب وجاء الوكيل ليقبض العبد فاقام العبد
بينة انه اعتقه الموكل لم تقبل ببينته في اثبات العتق و
القياس ان يدفع العبد اليه لان البينة قامت علي غير
خصم ولكن في الاستحسان يسمع هذه البينة لدفع الخصومة

من غير ان

من غير ان يثبت العتق في حق الموكل ويقصر يد الوكيل
بقبض العبد لانه خصم في قصور اليد وان لم يكن خصما في
اثبات العتق علي الموكل ويتوقف حتي يحضر الموكل ونقل المراة
اي اذا جاء رجل وقال انا وكيل الغائب في نقل امراته الي موضع
كذا فاقامت المراة البينة علي ان موكله طلقها لا تقبل هذه
البينة علي اثبات الطلاق ولكن تقصر يد الوكيل بنقل المراة
حتي يحضر الغائب ان اقام الحجة علي العتق في الصورة الاولي
والطلاق في الصورة الثانية بلا ثبوتهما اي بلا ثبوت
العتق والطلاق كما ذكرنا وصح اقرار الوكيل بالخصومة علي
موكله عند القاضي ولا فرق بين ان يكون الوكيل بالخصومة
من المدعي فاقر بالقبض او الابراء او من المدعي عليه فاقر
عليه بالحق لا يصح اقراره عند غيره اي غير القاضي لكن اذا
شهد شاهدان باقراره في غير مجلس القضاء عند القاضي يخرجه
القاضي من الوكالة ولا يسمع خصومته لمكان التناقض وهذا
عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما وقال ابو يوسف صح اقراره عليه وان
في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي رحمهما لا يصح في مجلس القاضي
ولا في غيره وهو قول ابيوسف رح اولا لانه مامور بالخصومة

باقرار ولنا ان الخصومة يراد بها الجواب مطلقا لا الانكار فقط
فانه يمكن ان يعلم ان المدعي محق فلا يملك الانكار شرعا و
توكيله بما لا يملكه لا يجوز فيحمل على الجواب مجازا تحريا للصحة
وطريق المجاز موجود لان الخصومة جواب مقيد فيراد مطلق الجواب
والموكل عزل وكيله من الوكالة وان كان الوكيل حاضرا والخصم
غائبا فاراد ان يعزله فان كان وكيل المدعي صح عزله وان كان وكيل
المدعي عليه فان كانت الوكالة بغير التماس المدعي صح عزله
وان كانت بالتماس المدعي لا يصح عزله حال غيبة المدعي لان
بالتوكيل ثبت نوع حق للمدعي قبل الوكيل وهو ان يحضره مجلس
الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله يبطل الحق
اصلا بخلاف ما اذا كان الوكيل بغير التماس الطالب حيث
يصح العزل حال غيبة الطالب ووقف العزل على علمه اي
علم الوكيل فان لم يبلغه الخبر فهو على وكالته وقال الشافعي لو
ينعزل وان يبلغه الخبر وتبطل الوكالة بموت احدهما اي
الموكل والوكيل وجنونه جنونا مطبقا اي مستوعبا وحد المطبق
شهر عند ابي يوسف رح لانه يسقط به الصوم عنه وعنه اكثر من
يوم وليلة لانه يسقط به الصلوة الخمس وعن محمد رح حول كامل وهو

الصحيح

الصحيح لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه
او يسقط به جميع العبادات كالصلوة والصوم والزكوة اما ما
دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة ولحاقه بدار الحرب مرتدا
قالوا الحكم المذكور وهو ان يبطل الوكالة بلحاقه بدار الحرب
بدون القاضي قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة
عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار
الحرب بطلت الوكالة واما عندهما فتصرفاته نافذة ولا تبطل
الوكالة الا ان يموت او يقتل او يحكم القاضي بلحوقه وكذا
تبطل الوكالة بعجز موكله حال كونه مكاتبا وحجره حال
كونه ماذونا لان بقاء الوكالة يعتمد قيام امر التوكيل
وقد بطل بعجز المكاتب وحجر الماذون وافتراق الشريكين
سواء كانت الشركة مفاوضة او عنانا فانه اذا وكل احد
الشريكين ثالثا في التصرف في مال الشركة فافترقا بطل الوكالة
في حق الشريك الاخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما
صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه لكن
يبقى وكيلا في حق الاخر فينبغي ان لا ينعزل فاما اذا وكل الشريكان
صريحا بافتراقهما وان لم يعلم به وكيلهما اي وكيل المكاتب

والمأذون ونحو الشريكين فانه لا فرق بين العلم وعدمه
لان هذا عزل حكمي والعلم شرط للعزل القصدي لا للعزل
الحكمي كما اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه وبتصرف
الموكل بنفسه فيما وكل به اي اذا وكل اخر بشيء ثم تصرف
بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة لانه لما فعل ذلك الفعل
بنفسه تعذر على الوكيل ذلك الفعل سواء لم يبق محلا
للتصرف كما اذا وكله بالاعتاق فاعتق او بقي محلا كما
لو وكله بنكاح امراة فنكحها الموكل ثم ابانها لم يكن للوكيل
ان تزوجها للموكل لان حاجته قد انقضت والله اعلم

الشركة هي في اللغة الاختلاط وتركيبه تدل
عليه ومنه الشركة اي الشبكة لتشابكها واختلاط بعضها
ببعض ويطلق هذا الاسم على العقد اي عقد الشركة وان لم
يوجد اختلاط النصيبين اذ العقد سبب الاختلاط وفي الشريعة
وهي ضربان احدهما شركة ملك وهي ان يملك اثنان عينا
ارثا او شراء او هبة او صدقة او وصية او استيلاء او يختلط
مالهما بلا صنع من احدهما او تخليطهما خلطا يمنع التميز
اصلا كالبر مع البر او لا يخرج كالبر مع الشعير وكل واحد

من الشريكين كاجنبي في مال صاحبه فلا يجوز له ان يتصرف
في نصيب الآخر الا باذنه وثانيهما شركة عقد وركنها الايجاب
والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا و
يقول الآخر قبلت وشرطها ان لا يعين لاحدهما دراهم من
الربح لانه يقطع الشركة لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم
المسماة ربح يشتركان فيه وهي اي شركة العقد اربعة انواع
مفاوضة وعنان وتقبل ووجوه وجه الانحصار فيها هو انه
اما ان يذكر المال في رأس المال فان لزم فالمفاوضة والا فالعنان
وان لم يذكر المال فلا يخلو ان يشترط العمل فيما بينهما
في مال الغير ام لا فالاول الصنايع والثاني الوجوه وهي
اي المفاوضة في اللغة المساواة يقال فاوضه في كذا اي جاراه
وفعل مثل فعله والناس فوضى في هذا اي سواء لا تباين بينهم
وفي الشريعة شركة متساويين مالا لا المراد مال يصلح الراس
مال الشركة كالدراهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل في مال لا يصلح
الرأس المال الشركة كالعروض والعقار والديون وحرية اي
لا بد ان يكونا حرين بالعين ليتحقق التساوي بينهما في الملك
والتصرف واهلية الوكالة والكفالة فلا تصح بين حر وعبد وصبي

وبالغ لفقد التساوي او الحر البالغ يستبد بالتصرف والكفالة

والعبد لا يملك واحد منهما الا باذن السيد والصبي لا يملك

الكفالة اذن له وليه او لا وكذا لا يصح بين العبدين وبين الصبيين

وبين المكاتبين ودينا اي لا بد ان يكون ملتهما واحدة فتصح

بين المسلمين وبين الذميين ولا تصح بين مسلم وكافر عند ابي حنيفة

ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز ولكن يكره وعند الشافعي رحمه الله

لا يجوز شركة المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا ادري ما المفاوضة

وتتضمن شركة المفاوضة الوكالة اي كل واحد من الشريكين وكيل

الآخر في المعاملة لان مقتضي المفاوضة المساواة فكل واحد منهما

قائم مقام صاحبه في التصرف والكفالة فكل واحد من الشريكين

كفيل الآخر فاذا اشتري احدهما كان للبائع مطالبة الثمن من

الآخر واذا تضمن الوكالة كان مشتري كل واحد منهما مشترك

بينهما وكان شراء احدهما كشراء هما الا طعام اهله وادامهم

وكسوتهم فانها يكون للمشتري خاصة فانها مستثناة من مقتضى

المفاوضة ضرورة واذا تضمن الشركة الكفالة كان كل دين لزم احدهما

بالتجارة وبما يصح فيه الشركة كالشراء ونحوه كالبيع والاجارة

مثل ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او ذابة

فللموجر ان يطالب بالاجرة ايهما شاء ضمن الآخر وهذا في التجارة

بلا خلاف وان غصب احدهما شيئا استهلكه ضمن الآخر عند

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله واما ان لزم احدهما دين

بما لا يصح فيه الشركة كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد لا يضمنه

الآخر لانها لم يدخل تحت المفاوضة لكونها ليست بتجارة ولو

استقرض احدهما مالا لزمهما لان الملك ثبت في المستقرض

ولو اقرض احدهما عن مال مشترك بينهما ذكر في المبسوط يلزم

صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مفاوضة وعندهما لا يلزم صاحبه

حتى يكون لشريكه حق الرجوع لما انه تبرع ابتداء وان ورث

احدهما او وهب له او تصدق عليه ما صح فيه الشركة كالدراهم

والدنانير والفلوس النافقة وقبض قبل القبض يشترط في الهبة

دون الارث وفي الهداية وان ورث احدهما او وهب له ووصل

اليه وفي الكافي ان قوله ووصل يده يرجع الي الهبة والارث

فعلم ان القبض شرط فيهما صار عقد المفاوضة عنانا وبطل المفاوضة

لان المساواة فيما يصلح راس مال الشركة شرط للمفاوضة ابتداء

وبقاء وانما يصير عنانا لعدم اشتراط المساواة فيه فكانهما

انشا الشركة في الحال ولا مساواة بينهما فيكون عنانا وفي ادث

العرض والعقار وهبتهما بقي العقد مفاوضة لان المساواة
فيما لا يصلح راس مال الشركة ليست بشرط في المفاوضة في الا
بتدا فكذا في البقا وشركة عنان وهو لغة من عن اي عرض
كانه عن لهما شيء فاشتركا فيه او من عنان الفرس لان كلا منهما
جعل عنان التصرف في يد صاحبه وشرعا شركة اثنين في كل
تجارة او في نوع من التجارات كما اذا اشتركا في بر او طعام و
يصح ببعض ماله دون البعض ومع اشتراط فضل مال احدهما
على مال الآخر فانه قد يكون احدهما اهدى في احذق بامر التجارة
او اكثر عملا فلا يرضى بالمساواة وتساوي ماليهما مع تفاوت
الربح بان يكون المال نصفين والربح اثلاثا وعكسه بان
يكون الربح متساويا ولا يكون المال متساويا خلافا لزفر والشافعي
رح وذكر في فتاوى قاضيخان فان شرط المساواة في المال و
اشترطا لاحدهما فضل ربح ان شرطا العمل عليهما بينهما كان الربح
على ما شرطا عملا جميعا او عمل احدهما دون الآخر وان شرطا
العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطا العمل على
اقلهما ربحا لم يجز ويصح مع كونه احدهما اي احد المالين
دراهم والآخر دنانير او كون احد المالين دراهم بيض والآخر

سود خلافا لزفر والشافعي رحمهما وهذا بناء على ان الخلط شرط
عندهما وذا لا يتحقق في مختلفي الجنس وعندنا يصح بلا خلط
والحاصل ان الشركة في الربح مستندة الى العقد والشرط عندنا
فلم يشترط المساواة والخلط والاتحاد وعند زفر والشافعي
الربح بماء المال فيشترط وكل لاحد الشريكين اذا اشترى شيئا لكونه
فهو مطالب به بثمن مشترية لا غير اي دون الآخر لان المطالبة
على الآخر انما يتوجه في المفاوضة لانها يتضمن الكفالة والموجود
ههنا الوكالة فقط والوكيل هو الاصل في الحقوق فيتوجه المطالبة
اليه دون صاحبه ثم رجع على شريكه بحصته اذا اداه من
ماله لانه وكيل من جهة الشريك في حصته والوكيل بالشراء
اذا نقد الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فان كان لا يعرف
ذلك الا بقوله بان يقول اشتريت عبدا ونقد الثمن من ماله
وهلك العبد فعليه البينة ولا يصحان اي المفاوضة و
العنان الا بالنقدين والفلوس النافقة والتبر اي ذهب
غير مضروب والنقرة اي فضة غير مضروبة ان تعامل
الناس بهما اي بالتبر والنقرة ففي كل بلد جرى التعامل با
المبايعة بالتبر والنقرة تصح الشركة بهما وفي كل بلدة لم يجري

التعامل بهما لا تصح وقيل صحة الشركة بالفلوس قول محمد وعندهما
لا تصح والصحيح ان الشركة في الفلوس تصح على قول الكل وقال مالك
تصح الشركة في العروض اذا اتحد الجنس ويصحان بالعروض
بعد ان باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر
ثم يعقدان الشركة مفاوضة او عنان ويصير العرض راس
مال الشركة وهذا اذا كان قيمة متاعهما متساوية ولو كان بين
عرضيهما تفاوت بان يكون قيمة احدهما مائة وقيمة عرض صاحبه
اربع مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض
الآخر فصار العرض كله بينهما اخماسا وهلاك مالهما او مال
احدهما قبل الشراء يفسدها اي عقد الشركة لا المعقود عليه في
شركة المال وبهلاك المعقود عليه يفسد العقد كالبيع وهو
اي هلاك المال على صاحبه قبل الخلط في يد ايهما هلك اي سواء
هلك المال في يد صاحبه او في يد الآخر وفي جعلهما اما اذا هلك
في يد صاحب المال فظاهر وكذا اذا هلك في يد الآخر لان المال بقي
على ملكه فكل منهما امين في راس مال صاحبه وهلاك المال
بعد الخلط عليهما لانه لا يتميز فجعل الهالك من ماليهما ولكل
واحد من شريكي مفاوضة او عنان ان يبضع المال لان له ان يستعمل

الغير في التجارة بالاجارة فكون ذلك بلا اجر اولى وله ان يودع
لانه من عادة التجارة وله ان يضارب وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك
والصحيح هو الاول لان الدفع مضاربة لتحصيل الربح ويوكل من
يتصرف في المال بيعا وشراء ونحوهما لان الاحتياج اليه والمال
في يده اي يد كل واحد من الشريكين امانة فلا يضمنه الا بالتعدي
والنوع الثالث شركة الصنائع والاعمال ويسمى شركة التقبل
وهو ان يشترك صانعان كخياطين او خياط وصباغ ويتقبلا
العمل باجر بينهما فيكون الكسب بينهما على ما شرطا ولا يشترط فيهما
اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فلو عمل احد الشريكين
في دكان والآخر في دكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما وصحت
هذه الشركة خلافا للشافعي رح وان شرط العمل نصفين والمال
المستفاد بالعمل اثلاثا لانه قد يكون بينهما تفاوت في العمل فيصح
منهما اشتراط التفاوت في الربح قال زفر رح لا يصح ولزم كلا عمل
تقبله احدهما اي اذا دفع رجل الى احدهما عملا فله ان يأخذ
بذلك العمل ايهما شاء ولكل واحد منهما ان يطالب بالاجر
اي اجر عمل احدهما والى ايهما دفع الاجر يصح الدفع اليه ويكون
الكسب بينهما وان عمل احدهما فقط وشركة الصنائع قد يكون مفاوضة

وعنانا فا المفاوضة ماذكرنا في الشركة لفظ المفاوضة اوذكر
ماهو معني المفاوضة مان شرط الصانعان ان يكون قبول
الاعمال منهما والعمل منهما على التساوي وان تساويا في الربح
وان يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه
الشركة فهي مفاوضة حتى تراعي فيها شرايط المفاوضة لوجود
معني المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوتا في شي مما
ذكرنا مثل ان شرطا علي ان ماقبلاه من الاعمال فعلي احدهما
الثلثان وعلي الاخر الثلث والاجر بينهما علي قدر ذلك فهذه
شركة عنان لوجود معني العنان حتى يراعي فيها شرايط العنان
وكذا اذا ذكر لفظ العنان وكذا لو اطلقا فهو شركة عنان
استحسانا لانه المتعارف والنوع الرابع شركة الوجوه وهي
ان يشتركا بلا مال يشتريا بوجوههما و يبيعا و يكون الربح
بينهما وهذه شركة المفاليس وانما اضيف الي الوجوه لانها يتبذل
فيها لعدم المال والاضافة فيها بمعني الباء كما في شركة الابدان
وذلك لانهما اشتركا في الشراء والبيع بوجوههما وابتذالهما
لا بشي اخر وقيل هو ان يشتريا من الوجه الذي لا يعرف وقيل
لانهما يشتريان بجاههما وهو من الوجه علي القلب بدليل

العبارة الاخري لانه لا يشتري بالنسية الا من له وجاهة عند
الناس اي قدر و شرف والاول هو الاوجه وكذا في المغرب وهي
باطلة عند الشافعي ره فتصح مفاوضة اذا روعيت شرائطها بان
يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون الثمن المشتري بينهما
نصفين وان يتلفظ المفاوضة او في معناها و مطلقها عنان
لان مطلقها ينصرف اليه لان المعتاد بين الناس شركة العنان
و كل واحد وكيل الاخر فيما يشتريه اذا كان العقد مطلقا اما
اذا اشترطت فيه المفاوضة فكل وكيل و كفيل فان شرطا مناصفة
المشتري بينهما او مثالثه فالربح كذلك اي مشترك مناصفة
او مثالثة والشرط الفضل باطل اي ان شرطا ان يكون المشتري
بينهما نصفين او اثلاثا و شرطا ان يكون ربح احدهما ازيد على
قدر ملكه فذلك الشرط باطل لان الربح في هذه الشركة بالضمان
والضمان بقدر الملك في المشتري فان قيل يجوز ان يكون زيادة
الربح لاحدهما الزيادة اهتدايه و عمله كما في شركة العنان و
المضاربة و لم يوجد ههنا ولا تصح الشركة في اخذ المباحات كا
حتطاب الحطب واحتشاش الحشيش واستقاء الماء واجتناء
الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفستق وغيرهما وكذلك

الشركة بنقل التراب وبيعه من ارض لا يملكانها والجص والملح
او الكحل وما اشبه ذلك فخصت المباحات بمن اخذها
وليس للاخر شيء ان لم يعمل ونصفت ان اخذاها او خلطاها
لان الاستواء في الاخذ يوجب الاستواء في الملك وان عمل احدهما
واعانه الاخر على عمله بان اشتركا في الاحتطاب وقلع احدهما
الحطب وجمع الاخر او قلع وجمع احدهما وحمله الاخر او اشتركا
في الاستقاء لاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليه الماء او يستقي
احدهما يكون الحطب للاخر والماء للمحرز ويكون للمعين
اي للجامع والحامل في الاحتطاب وصاحب العدة اي البغل
والراوية في الاستقاء اجر المثل لانه استوفي منافعه بحكم
فاسد فيلزم اجر المثل ولكن لا يزاد اجر المثل على نصف القيمة
اي قيمة الماخوذ عند ابي يوسف رحمه لرضاه بنصفها خلافا
لمحمد فعنده يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المسمي مجهول اذ لم
يبين اي نوع يصيبان من الماخوذ وهل يصيبان شيئا
ام لا والرضا بالمجهول لغو فاسقط اعتبار رضاه وقد استوفي
منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ والربح في
الشركة الفاسدة على قدر المال كما اذا شرط في الشركة دراهم

مسماة

مسماة من الربح لاحدهما فيفسد الشركة يكون الربح بقدر
المال حتي لو كان المال نصفين وشرط الربح اثلاثا فالشرط
باطل ويكون الربح نصفين لان الربح تبع المال وتبطل الشركة
بالموت اي بموت احد الشريكين او بموتهما والجنون
والارتداد واللحاق بدار الحرب اذا قضى القاضي به ولم
يزك احدهما مال الاخر بلا اذنه فلو ادي احدهما زكوة
مال الاخر لم يجز لان كل واحد منهما نايب عن صاحبه في
التجارة لا في اداء الزكوة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه
ان يودي الزكوة عنه فاديا ولاء اي على التعاقب ضمن
الثاني للاول عند ابي حنيفة رح علم باداء الاول او لا وعندهما
ان علم باداء صاحبه ضمن والا لا كذا اشار محمد رح في كتاب الزكوة
من المبسوط وذكر في الزيادات لا يضمن علم باداء الشريك او
لا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة
اذا ادي بعد اداء الموكل بنفسه واذا اديا معا مثل ان ادي
كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما في زمان واحد
او لا يعلم تقدم احدهما على الاخر ضمن كل واحد من الشريكين
قسط غيره علم او لا يعلم عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يضمن ان لم

يعلم فان قيل اذا ادى ما يعا ينبغي ان لا يجب الضمان عندا
لعدم سبق اداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفاذا قلنا اذا ادى الموكل
بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا اعتبارا وتقديرا لان تصرف الموكل
على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالتوكيل
بالبيع مع الموكل اذا باعا وخرج الكلامان معا نفذ بيع الموكل
دون الوكيل المضاربة هي في اللغة من ضرب في
الارض سار فيها ومنه قوله تعالى واخرون يضربون في
الارض بمعنى الذين يسافرون للتجارة وفي الشريعة عقد
شركة في الربح بمال من جانب رجل وعمل من جانب اخر
سمي بالمضاربة لان المضارب يسير غالبا في الارض طالبا
للربح وهي ايداع في المضارب اولا امين لانه قبض المال باذن
مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة وتوكيل فالمضارب وكيل
عند عمله لانه يتصرف لرب المال بامره وشركة فالمضارب
شريك لرب المال ان ربح لان الربح حصل بالمال والعمل
فاشتركا فيه وغصب اي يصير غصبا ان خالفه اي المضارب
رب المال لتعديه على مال الغير ويكون بضاعة ان شرط بعد رفع
المال بالمضاربة كل الربح للمالك وان وقع ابتداء بضاعة فهو

ظاهر وكذا

ظاهر وكذا هي قرض ان شرط بعد الرفع مضاربة كل الربح للمضارب
وان دفع قرضا ابتداء فظاهر وتكون المضاربة اجارة فاسدة
ان فسدت المضاربة واذا صارت فاسدة فلا ربح له اي
للمضارب والربح كله لرب المال لانه نماء ملكه بل للمضارب
اجر مثل عمله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى
المشروط للفساد فيصار الى اجر المثل ضرورة ربح او لا يربح في
رواية الاصل وعن ابي يوسف رح اذا لم يربح فلا اجر له ولا يزاد
اجر مثله على ما شرط عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما مر
في الشركة ولا يضمن المضارب المال الهالك فيها اي في
المضاربة الفاسدة لانه عين استوجر المضارب ليعمل به فلا يكون
مضمونا عليه كاجير الواحد كما لا يضمن في المضاربة الصحيحة
لانه امين ولا يصح المضاربة الا بمال تصح به الشركة وهو الدراهم
والدنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والفلوس الرائجة عند
محمد رح حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا يجوز اجماعا
وحاصله ان العروض لا يصلح لراس المال المضاربة عندنا خلافا
لمالك رح وكذا الكيلي والوزني خلافا لابن ابي ليلى رح ولا تصح
الا بتسليم اي تسليم المال الى المضارب لان المضاربة انعقدت

علي راس المال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر
فيجب ان يخلص يد المضارب في المال ليتمكن من العمل فيه
وشيوع الربح يفسد بينهما اي بين رب المال والمضارب
فان شرط لاحدهما دراهم مسماة يفسد فكل شرط تقع الشركة
في الربح او يوجب جهالة الربح يفسدها وما عداه من الشروط
الفاسدة التي يفسد البيع لا تفسد المضاربة بل يبطل ذلك الشروط
وللمضارب في مطلقها اي في مضاربة غير مقيدة بالمكان و
الزمان والسلعة ان يبيع بنقد ونسية الا باجل لم يعهده من
التجار وان يشتري ويوكل لهما اي البيع والشراء ويسافر بالمال
وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة
انه ان دفع المال اليه في المصر وهو من ذلك فليس له ان يسافر
به وان دفع في غير مصره له ان يسافر ويبضع اي يعطي المال
البضاعة ولو اعطي رب المال البضاعة صح ولا يفسد هي
اي المضاربة به اي بان يبضع رب المال خلافا لزفر
ويودع المال ويرهن ويرهن ويوجر ويستاجر ويحتال
اي يقبل الحوالة بالثمن علي الايسر والاعسر لان الغرض
رب المال حصول الربح ولا يحصل الا بان يملك المضارب جميع

اصناف

اصناف التجارة ليحصل غرضه لانه قد يربح في نوع منها دون
نوع والايداع ان لم يحصل به الربح لكن فيه حفظ المال وهو من
صنع التجارة ولا يقرض لانه تبرع ولا فائدة فيه ولا يستدين
علي المضاربة وان قيل له اعمل برايك الا باذن المالك صريحا
بان ينص علي الاستدانة ولا يضارب لانه يجعل ربح ماله
بغيره وهو لم يرض به ولان الشي لا يستتبع مثله ولا يخلط
اي مال المضاربة بماله الا باذنه او باعمل برايك فحينئذ ان يدفع
المال مضاربة ويخلط بماله وان كان لا يملك الاستدانة وان
قيل اعمل برايك فلو قيل للمضارب هذا اي اعمل برايك وشري
بكل راس المال ثوبا وقصر الثوب بماله او شري متاعا وحمل
المتاع بماله اي بمال المضارب تبرع لانه لا يملك الاستدانة
فلم ينفذ علي رب المال اذا لم يصرح بالاستدانة بخلاف ما اذا
اشتري المضارب ثوبا وصبغ الثوب احمر فانه لا يكون تبرعا
بل يصير المضارب به شريكا بما زاد الصبغ في الثوب لانه خلط ماله
بمال المضاربة اذ الصبغ عين قائم فلو بيع الثوب كان ما يخص قيمة
الصبغ للمضارب وما يخص الثوب الابيض علي المضاربة حتي
اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا مصبوغا الفا ومائتين كون

الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو
الصبغ بخلاف القصارة والحمل لانه ليس للمضارب عين قائم
حتي يكون بعض الثمن بازائه وان خص له رب المال التصرف
لا يجاوز بلدا او سلعة او وقتا او شخصا عينه المالك لانه
انما ملك التصرف بتفويض المالك بما فوض اليه وان جاوز عنه
ضمن لانه تصرف في مال غيره بغير اذنه وله اي للمضارب ربحه
وعليه نقصانه ولا يزوج عبدا او امة من مال المضاربة لان
التزوج ليس عمل التجارة وعن ابي يوسف رح انه يزوج الامة ولا
يشتري من يعتق علي رب المال سواء كان قريبه او قال رب
المال ان اشتريت فلانا فهو حر فلو اشتري من يعتق علي رب
المال فللمضارب ولا يكون للمضاربة ولا يشتري من يعتق عليه
اي علي المضارب بقرابة او يمين كما ذكرنا ان كان المضارب
ربح في المال لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال
عند ابي حنيفة رح وعندهما يعتق ولا يحصل المقصود وهو الا
سترباح ولو فعل اي اشتري من يعتق عليه صار مشتريا
لنفسه دون المضاربة وضمن المال ان نقد من مال المضاربة
وان لم يكن المضارب ربح في المال صح ان يشتري من يعتق عليه

لانه لاملك

لانه لاملك له فيه ليعتق عليه فلا مانع من التصرف لقدرته
علي بيعه فيقع الشراء علي المضاربة ونفقة مضارب عمل في مصره
ليس في مال المضاربة بل في ماله لانه في مصره ساكن بالسكون
الاصلي لا للمضاربة فلم تكن نفقته في مال المضاربة وفي سفره
طعامه وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه وركوبه
بفتح الراء ما يركب كراء وشراء وعلفه اي علف الركوب في مالها
اي في مال المضاربة لانه اذا سافر صار محبوسا لعمل المضاربة
فوجب النفقة في مالها لاجل الاحتباس بالعمل وانما يطلق ذلك
بالمعروف حتي لو زاد علي المعروف وجاوز المعتاد بين التجار
ضمن الفضل اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وروي الحسن عن
ابي حنيفة رح ان الدواء في مال المضاربة ولو كان خروجه فيما
دون سفر ان كان بحيث يغدو اليه ثم يروح الي منزله فهو كا
السوق في المصر لان اهل السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في
منازلهم وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضارب
كالسفر لان خروجه للمضاربة ههنا فصار كالخروج للسفر
فان ربح المضارب اخذ المالك ما انفق المضارب من
راس المال حتي يتم راس المال ثم قسم الربح الباقي لان قسمته

انما شرعت بعد تسليم راس المال وان دفع المضارب المال الى
غيره مضاربة بلا اذن رب المال لم يضمن بمجرد الدفع لانه ايدا
وهو يملكه بل ضمن المال عند عمل المضارب الثاني في ظاهر الرواية
عن ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف ومحمد رح لانه اذا عمل ظهر انه
مضاربة فيضمن وقيل لا يضمن حتى يربح فاذا ربح ثبت فاذا
ربح ضمن لرب المال عند ربحه وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
لانه اذا ربح ثبت الشركة فح يضمن كما لو خلط بغيره وقال زفر رح
يضمن بالدفع اليه عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح
وصح ان شرط في المضاربة لعبد المالك شيء مثل ان شرط ثلث
الربح لرب المال وثلثه لعبد رب المال ليعمل مع المضارب
وثلثه للمضارب لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع تسليم المال
لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا واشتراط العمل
اذن له بخلاف اشتراطه على رب المال فانه لا يصح لانه يمنع
التسليم وتبطل المضاربة بموت احدهما اي رب المال والمضارب
لانها توكيل وبموت الموكل والوكيل تبطل الوكالة ولحاق المالك
بدار الحرب مرتد لانه كالموت حتى يقسم ماله بين ورثته
ويعتق مدبره وام ولده وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه

بما عند ابي حنيفة رح على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت
او القتل ولو كان المضارب ارتد ولحق بدار الحرب فالمضاربة
على حالها عندهم وان عزل رب المال المضارب لا ينعزل حتى
يعلم بعزله القصدي لانه وكيل من جهته وانعزل الوكيل بالعزل
يتوقف على علمه فلو لم يعلم بالعزل واشترى وباع فتصرفه
جائز فلو علم بالعزل والمال عرض فله بيع عرضها اي عرض
المضاربة ولا يمنع العزل عن ذلك لان حقه يظهر في الربح
بقدر راس المال وذا بالبيع ثم لا يجوز ان يتصرف في ثمنه لان
العزل انما لا يعمل ضرورة معرفة راس المال وبعد النقد لا
ضرورة ولا يتصرف ايضا في نقد نض بالضاد المعجمة اي صار
نقدا والناض الدراهم والدنانير من جنس راس ماله بان كان
النقد وراس مال المضاربة دراهم او دنانير ويبدله
اي خلاف راس ماله به اي براس ماله اي ان كان راس المال
دراهم ومال المضاربة الدنانير او بالعكس له ان يبيعها
بجنس راس المال استحسانا والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت
المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد نقد
وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال

وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس راس المال ولو افترقا
وفي المال دين يوم اي يجبر الحاكم بطلبه اي طلب الدين ان
كان ربح لانه بمنزلة الاجرة فانه استحق الربح بازاء عمله والربح
كالاجرة وقد سلم له الربح فيجبر على تمام عمله ومن تمام عمله
استيفاء ما وجب من الديون والا اي وان لم يكن الربح لم يلزمه
الطلب لانه وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على اتمام
ما تبرع ولكن يوكل المالك به اي بالطلب لان حقوق
العقد يتعلق بالعاقد فلم يكن لرب المال المطالبة بالدين
فيما عقده المضارب الا بتوكيله اياه وكذا ساير الوكلاء مثل الوكيل
بالبيع اذا امتنع من طلب الثمن لا يجبر عليه ولكن يوكل المالك
ليطلب الثمن عن المشتري وكذا المستبضع اذا باع البضاعة
يوكل المالك بطلب الثمن والذي يعمل بالاجر مثل البياع اي
الدلال والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البايع والمشتري
فارسية معربة ومصدرها السمسرة وهو ان يوكل الرجل
من الحاضرة للبادية فيبيع لهم ما يجلبونه يجبران عليه
اي على طلب الثمن واستيفائه لانه يصل اليهما بدل عملهما
وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا دون راس المال

لان الربح

لان الربح تابع وراس المال اصل والهلاك يصرف الى التبع دون
الاصل كما يصرف الهلاك في مال الزكوة الى العفو دون النصاب
فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين
وان قال المالك عينت نوعا وقال المضارب ما سميت لي
نوعا بعينه صدق المضارب مع اليمين ان ادعى العموم في كل
تجارة وجحد قول المالك لان الاصل في المضاربة العموم فكان
القول لمن يتمسك بالاصل وقال زفر يصدق رب المال وان
ادعى كل منهما نوعا صدق المالك مع اليمين لاتفاقهما على الخصوص
باعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته احق والبينة
للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان وكذا صدق المالك مع
اليمين ان قال المالك دفعت المال اليك بضاعة او وديعة
وقال ذو اليد المال عندي مضاربة او قرض لان ذا اليد يدعي
عليه تمليك المال والربح وهو ينكر فكان القول للمنكر والبينة
لذي اليد

المضارعة هي في اللغة مفاعلة من
الزراعة يقال زرع الله الحرث اي انبته وانماه وحقيقته
زرع الزراع الارض اذا اثارها للزراعة من اسناد الفعل
الى السبب مجازا كذا في المغرب وفي شريعة عقد على الزرع

ببعض الخارج والمزارعة يقتضي فعلا من الجانبين مع ان
فعل الزرع يوجد من احد الجانبين وانما سمي بها بطريق التغليب
كالمضاربة ولا يصح المزارعة عند ابي حنيفة لانه عليه الصلوة
واله وسلم نهي عن المخابرة وهي مزارعة الارض علي الثلث
او الربع وخص بالثلث او الربع لما كان العادة في ذلك الى ثبت
ولانه في المعني استيجار الزرع ببعض ما خرج من عمله فكان
في معني قفيز الطحان ونهي رسول الله صلى الله عليه واله وسلم
من قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من
حنطة بقفيز من دقيقها ولكن صحت عندهما لانه عليه
الصلوة واله والسلام دفع نخيل خيبر الي اهلها معاملة و
ارضها مزارعة علي نصف ما يخرج من تمر وزرع وبذلك
عمل الصحابة والتابعون والصالحون الي يومنا بلا نكير رضوان
الله تعالي عليهم اجمعين وبه يفتي لاحتياج الناس اليها
وتعاملهم بها فان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدي
الي الزراعة وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة
الي انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الزرع
كالمضاربة بشرط صلاحية الارض للزرع لان المقصود لا يحصل

دونه

دونه وشرط اهلية العاقدين وهذا الشرط لا يختص بالمزارعة
فان اهلية العاقدين شرط في كل عقد وشرط ذكر المدة بان قال
الي سنة او سنتين او ما اشبه ذلك ولو ذكر مدة لا يتمكن فيها
من الزراعة فسدت وكذلك ان ذكر مدة لا يعيش احدهما
الي مثلها غالبا لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر
من قبل العامل او على منفعة العامل ان كان البذر من قبل رب
الارض والمنفعة لا تعرف مقدارها الا ببيان المدة وعن محمد
انها من غير ذكر المدة جائز ويقع على سنة واحدة اي زرع واحد
وبه اخذ الفقيه ابو الليث وشرط ذكر رب البذر لان المعقود
عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان من قبل العامل فا
المعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل رب الارض فالمعقود
عليه منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه وشرط
ذكر جنسه اي جنس البذر لانه لا بد من اعلام الجنس لاجرة
الجنسي الاجرة ولا يصير ذلك معلوم الا ببيان جنس البذر و
شرط قسط الشريك الاخر اي من لا بذر من قبله لانه يستحق ذلك
عوضا عن العمل بالشرط وما لم يكن معلوما لا يستحق شرطا
بالعقد وشرط التخلية بين الارض وبين العامل حتي اذا

شرط في العقد ما يزول به التخلية وهو عمل رب الارض
مع العامل لا يصح العقد وشرط شيوع الحب الحاصل من
الارض بينهما يعني ينبغي ان لا يشترط فيه مقدار معين
لاحدهما ان يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر
فلم يبق شركه على ذلك التقدير ومن شرطها بقاء
الشركة فيفسد اي شرط ما ينافيه اي شيوع الحب كرفع
رب البذر بذره او رفع الخراج ثم قسمة الباقي بينهما
لجواز ان لا يخرج الارض الا قدر البذر او الخراج فيؤدي
الى قطع الشركة وهذا اذا كان الخراج موظفا فاما اذا كان
الخراج مقاسمة نحو الثلث او الربع يجوز كما لو شرط رفع
العشر وقسمة الباقي والارض عشرية لانه مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة وكذا يفسد ان شرط كل التبن لغير رب
البذر لانه شرط يودي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
ولا ينعقد الحب وصح شرط التبن للاخر اي لرب البذر
فان هذا الشرط مقتضى العقد لان التبن نماء ملكه وغيره انما
يستحق بالشرط ولا شرط او لم يتعرض التبن فانه يصح ايضا
وحينئذ التبن لصاحب البذر وقيل التبن بينهما ايضا لان

المعتبر هو

المعتبر هو العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب
فيعطى له حكمه ولا تصح شركة المزارعة عندهما الا بشرط ان يكون
الارض والبذر لاحد الشريكين والبقر والعمل للاخر لان رب
الارض كانه استاجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرط
عليه كما لو استاجر خياطا ليخيط بابرة نفسه او يكون الارض وحدها
لاحد والبقر والبذر والعمل لاخر لان رب البذر كانه استاجر
الارض بجزء معلوم او يكون العمل وحده لاحد والباقي
لاخر لان رب البذر كانه استاجر العامل ليعمل بالالة فيصح
كما لو استاجر خياطا بابرة رب الثوب واعلم ان ما يتقوم
به المزارعة اربعة وهي الارض والبذر والعمل والبقر وبهذا
الاعتبار يصير الاقسام العقلية سبعة لانه اما ان يكون
احد هذه الاربعة فقط من احد الشريكين كالارض او البذر
او العمل او البقر والثلثة الباقية من الشريك الاخر فهذه
اربعة اقسام واما ان يكون اثنان من احدهما واثنان من
الاخر فهذه ثلثة اقسام كما اذا كان الارض والبذر او مع البقر
او مع العمل من احدهما والباقيان من الاخر فثلثة من هذه
الاقسام السبعة صحيحة وهي المذكورة في المتن واربعة منها

فاسدة وقد نظم المصنف في هذا فارسيًا زمين تنها عمل تنها زمين با تخم اي عاقل
وراي اين سه صورت دان همه نا جائز باطل وعن ابي يوسف رح انه اذا كان الارض
والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي صحيحة وهو خلاف ظاهر الرواية واذا صحت
المزارعة فالخارج يكون على الشرط لصحة الالتزام والمسلمون عند شروطهم ولا شيء
للعامل ان لم يخرج شيء من الارض لان الشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره
بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم يخرج شيء فانه تجب اجرة المثل للعامل في
الذمة واذا عقدت المزارعة وابى احد العاقدين عن المضي في العقد يجبر من
ابى عن المضي الا رب البذر فانه لا يجبر على المضي لانه لا يمكنه الوفاء بالعقد
الا باتلاف البذر وفيه ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو استاجر اجيرا لهدم داره
فاما اذا امتنع الذي ليس من قبله البذر فانه يجبر على المضي لان الوفاء ممكن بلا ضرر
يلحقه فان ابى رب الارض والبذر من قبله بعد ما كرب العامل فلا شيء للعامل
في عمل الكراب لان عمله انما يتقوم بجزء الخارج ولا خارج قالوا هذا الجواب في الحكم
لكن فيما بينه وبين الله تجب ان يسترضي العامل ويعطيه مثل اجر عمله لانه انما اشتغل
باقامة هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد غره
فيلزمه ان يطلب رضاه وان فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر لانه
نماء ملكه وانما يستحق الاجر بالتسمية فاذا فسدت يكون النماء كله لرب البذر
وللآخر اجر مثله فلو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر عمله وان كان البذر

من قبل

من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه ولكن عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح لا يزاد اجر المثل على ما شرط له في المزارعة لرضاه
بسقوط الزيادة وعند محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ وتبطل
المزارعة بموت احدهما اي احد العاقدين فلو كان دفع الارض
الى ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يحصد
ومات رب الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم
بالشرط وتنتقض المزارعة في السنتين الباقيتين لان في بقاء
العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين حق المزارع والورثة
وفي القلع ابطال لحق العامل ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار ينتقض المزارعة لانه ليس
في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة العمل لانه
يتقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شيء وتفسخ المزارعة بدين
لحق صاحب الارض محوج له الى بيعها اي بيع الارض وهذا قبل
ان ينبت الزرع اما ان ينبت الزرع ولم يستحصد لم يبع الارض
في الدين لانه لو بيع الارض يؤدي الى ابطال حق المزارع اصلا وفي
التاخير اضرار بالغرماء لكن ضرر التاخير اهون فيتاخر البيع
الى وقت الحصاد فان مضت المدة ولم يدرك الزرع فعلى العامل

لصاحب الارض اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك الزرع
لان المدة اذا انقضت فقد انتهى العقد الا ان في قلعه ضررا
فبقينا العقد بالاجرة كما في الاجارة ونفقة الزرع مثل اجر
السقي ونحوه عليهما بالحصص اي على مقدار حقوقهما صح
يستحصد لانه عمل في مال مشترك حيث انتهى العقد بانتهاء
المدة او استحقاق العمل على العامل انما كان في المدة بالعقد ولم يبق
كاجر الحصاد ونحوه كالرفاع اي رفع الزرع الى البيدر والدياس
والتذرية فانه ايضا عليهما بالحصص وان شرط اجر الحصاد
ونحوه في المزارعة على العامل فسدت عند محمد رح وهذا الحكم عام
في جميع المزارعات غير مختص بصورة انقضاء المدة والزرع
لم يدرك وهذا لان المزارعة ينتهي باستحصاد الزرع وليس
الحصاد من عمل المزارعة في شيء فكان شرطه مفسدا للعقد
وصح هذا الشرط عند ابي يوسف رح لانه متعارف وهو اختيار مشايخ
بلخ رح وبه يفتى قال شمس الائمة السرخسي رح هو الصحيح في ديارنا
فاعلم ان الاصل ان كل عمل قبل الادراك كالحفظ والسقي فهو
على العامل لان العقد وقع على العمل وكل عمل بعد تمام الادراك
قبل القسم كالحصاد والدياس والرفاع والتذرية فهو عليهما

لان الخارج

لان الخارج ملكهما وكل عمل بعد القسمة كالحمل الى البيت فهو على
كل واحد منهما في نصيبه خاصة قال الفقيه ابو بكر البلخي رح كان محمد
بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه
الشرائط ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل
الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارفة
المساقاة لغة مفاعلة من السقي وشرعا دفع الشجر
الى من يصلحه بجزء شائع من ثمره الخارج وهي كالمزارعة في انها
باطلة عند ابي حنيفة رح وعندهما صحيحة والفتوى على قولهما
وفي ان شروطها كشروطها مما يمكن وجودها في المساقاة كاهلية
العاقدين وبيان نصيب العامل والشركة في الخارج والتخلية بين
الاشجار والعامل فاما بيان البذر ونحوه لا يمكن في المساقاة
وقال الشافعي رح ومالك رح المساقاة جائزة ولا يجوز المزارعة
الا تبعا للمساقاة وشرط التبعية عند مالك رح ان يكون الاصل ضعف
التبع لان به يتحقق التبعية الا انها تصح بلا ذكر المدة لان لا
دراك الثمر وقتا معلوما عادة فصارت المدة معلومة وان تقدم
او تاخر فذلك يسير ويقع العقد على اول ثمر يخرج لانا تيقنا
ان العقد تناول اول ثمر وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت الا

الا المتيقن ولو دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها
ويسقيها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله في ذلك من
بذر فهو بينهما نصفان ولم يسم جاز استحسانا وادراك بذر
الرطبة كادراك الثمر في انه لا يشترط بيان المدة لان لادراك
البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل
العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة
لصاحبها ولو دفع اصول رطبة على ان يقوم عليها حتى
يذهب اصولها وينقطع نباتها على ان الخارج بينهما فهو فاسد
لانه ليس لذلك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة
في المساقاة تفسدها ولو دفع اصول رطبة نابتة في الارض مساقاة
ولم يسم سنة ولا اكثر فهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت
معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد
جائز ويقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة بما يزداد طولا
بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزازة معلوما كان مدة المعاملة
مجهولة بخلاف الثمر لان لادراكها وقتا معلوما اذا بلغ لا يزداد
بعد ذلك وان طال الزمان واما الرطبة فبخلافه فظهر بما
ذكرنا من تفصيل المسائل ان ليس المراد انه اذا دفع رطبه مساقاة

لاشترط

لا يشترط بيان المدة ويمتد الى ادراك بذر الرطبة ولا يتوجه ان
يقال ان الغالب ان البذر فيها غير مقصود بل يحصد في سنة ست
مرات او اكثر وان اريد البذر ويحصد مرة ويترك في المرة الثانية
الى ان يدرك البذر ففيما لا يوجد البذر ينبغي ان يقع على السنة
الاولى وذكر مدة لا يخرج الثمر فيها كما اذا دفع نخلا او شجرا او كرما
مساقاة اشهرا معلومة يعلم انها لا يخرج ثمره في تلك المدة تفسدها
لان المقصود الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون
مفسدا للعقد بخلاف ذكر المدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج
فيها بل يتاخر عنها فانه لا يفسدها بل جازت موقوفة فان خرج
الثمر في تلك المدة فهو بينهما على ما شرطا لصحة العقد وان لم
يخرج فيها بل تاخر عن تلك المدة فللعامل اجر المثل فيعمل الى
ادراك الثمر لفساد العقد لانه تبين انهما سميا مدة لا يخرج الثمار
فيها ولو كان ذلك معلوما عند ابتداء العقد كان فاسدا فكذا اذا
تبين في الانتهاء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لانه بما حدث
من آفة لا يتبين ان الثمار لا يخرج في المدة المذكورة فلم يتبين
المفسد فبقي العقد صحيحا وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج
فلم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء ولا تصح المساقاة ان ادراك

الثمر وقت العقد وانتهى لان الشركة بعقد المساقاة انما يصح
فيما يحدث بعمل العامل ويزداد بعمله ولا اثر للعمل بعد الادراك
كالمزارعة فانها اذا استحصد الزرع وادرك لا يصح ايضا فان
مات احدهما اي ان مات رب الارض والثمر ني يقوم العامل
عليه وان كره وارث رب الارض او ان مات العامل يقوم وارثه
عليه وان كره رب الارض دفعا للضرر عن الجانبين ولا يفسخ
المساقاة الا بعذر كما ذكر في المزارعة وكون العامل مريضا
مرضا يضعفه ولا يقدر على العمل او كونه سارقا معروفا با
السرقة يخاف منه على سعفه اي غصون النخل قبل الادراك
او ثمره عذر الا انه يلزم رب الارض ضرر لم يلزمه به فيفسخ
تدفع رجل الى رجل فضاء اي ارضا بيضاء سنين معلومة
ليغرس فيها نخلا وشجرا او كرما ويكون الارض والشجر
مشتركا بينهما لا يصح لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل
الشركة لا بعمله وهو الارض وان غرسها فاخرجت ثمرا نه فجميع
الثمر والغرس لرب الارض وللاخر اي للغارس قيمة غرسه
واجر عمله فيما عمل لانه استاجره ليجعل ارضه بستانا بالات
نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذي يظهر بعمله ولانه

فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون فاسدا ثم الغرس
عين مال قايمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال
بالارض فيلزم قيمتها مع اجر مثل عمله فيما عمل لانه ابتغى من
عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب اجر المثل وقيل حيلة
الجواز في ذلك ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستاجر
صاحب الارض العامل ثلث سنين بشيء قليل ليعمل في نصفه
وفي فتاوى قاضي خان رجل دفع الى رجل ارضا مدة معلومة
على ان يغرس المدفوع اليه اغراسا على ان ما يحصل من الاغراس
والثمار بينهما جاز والله اعلم كتاب احياء الموات هي ارض
خراب وخلافه عامر بلا نفع اي تعذر زرعها لانقطاع
مائها عنها او لغلبة عليها او نحوه مما يمنع الزراعة لا يعرف
مالكها ويشترط عند محمد ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي
مع انقطاع الارتفاق بها لان الميتة على الاطلاق ينصرف الى
الكامل وكماله بان لا يكون مملوكا لاحد لانه اذا كان لمسلم او
ذمي لا يكون مواتا لانه ان عرف مالكه فهو له وان لم يعرف
مالكه لعامة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا
فلا يكون لاحد ان يتملكه على التخصيص ولو ظهر له مالك

يرد عليه ويضمن بالزرع نقصانها بعيدة عن العمران
بحيث اذا رفع انسان جهوري الصوت على مكان عال وصاح
باعلى صوته لا يسمع صوت ذلك الانسان من اقصاه اي من
اقصى العامر خالي اي موضع ينتهي صوته يكون فناء العمران
لان اهل القرية يحتاجون الى ذلك الموضع لرعي المواشي او
غيره وما وراء ذلك تكون من الموات اذا لم يعرف مالكه
والبعد من القرية على ما قال شرط ابو يوسف لان الظاهر
ان ارتفاق اهلها منه لا ينقطع اذا كان قريبا وعن ابي يوسف
في رواية ان البعيد قدر غلوة وعن محمد يعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وكان قريبا من القرية
فالحاصل ان عند ابي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد
وعن محمد يدار على حقيقة الارتفاق وشمس الائمة
اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ومن احياه المراد بالا
حياء جعله صالحا للبناء والزراعة بعده وان لم يكن كذلك
ملكه ان اذن له الامام وان احياه بغير اذنه ثم يملكه
عند ابي حنيفة وقالا يملكه ومن حجر ارضا التحجير الاعلام
مشتق من الحجر المنع فان من اعلم في موضع من الموات

اعلام

اعلامه فكانه منع الغير من احياء ذلك ثم التحجير قد يكون بوضع
الاحجار عليه وقد يكون بغير الحجر بان غرز حوطها اغصانا يابسة
او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها
من الحشيش او الشوك وجعلها حوطها وجعل التراب عليها
ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين ولم
يعمرها ثلث دفعها الامام الى غيره بعد ما اخذها منه لانه انما
دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج
فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره ليحصل المقصود وانما ترك ثلث سنين
لانه اذا اعلمه يحتاج الى ان يرجع الى وطنه ويهيئ اسبابه ثم
يرجع الى ذلك الموضع فيحييه فجعل له من المدة للرجوع الى وطنه
سنة لان دار الاسلام يقطع من ادناها الى اقصاها سنة
فلعله انما يحجر في اقصا طرف دار الاسلام وبلده في الطرف
الاخر من دار الاسلام ولاصطلاح اموره في وطنه سنة
وللرجوع الى ذلك الموضع سنة وهذا من طريق الديانة
واما في الحكم اذا احياها انسان قبل مضي هذه المدة فهي له لتحقق
الاحياء منه دون الاول ومن حفر بئرا في ارض موات بالا
ذن من الامام عند ابي حنيفة او بغير اذنه ايضا عندهما

ثلث

فله حريمها للعطن والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها
حول الماء وبير العطن هي التي ينزح منه الماء باليد والناضح
هو البعير وبير الناضح هي التي ينزح الماء منها بالبعير وانما
يضاف ليفرق بين ما يستقى منه باليد وما يستقى منه بالناضح
اربعون ذراعا من كل جانب لان حافر البير لا يتمكن من الا
نتفاع ببيره الا بما حولها فانه يحتاج الى ان يقف على شفير البير
ليسقي الماء والى ان يبني على شفير البير ما يركب عليه البكره والى
ان يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع يقف فيه مواشيه
عند الشرب والى موضع ينام فيه مواشيه بعد الشرب واستحق
الحريم لذلك وقدره الشرع باربعين ثم قيل اربعون ذراعا
من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع وفي القول
الاصح اربعون ذراعا من كل جانب والذراع هو المكسر وهو
ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصف بالمكسر لانه
نقص بقبضة من ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة لا
الكسرى الاخير وكان ذراعه سبع قبضات كل قبضة اربعة
اصابع وهذا عند ابي حنيفة وعندهما حريم بير الناضح ستون
ذراعا والحريم للعين خمسمائة كذلك اي من كل جانب

في القول الاصح وعند بعضهم خمسمائة ذراع من الجوانب الاربعة
من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا ومنع غيره من الحفر
فيه اي في حريم البير لان حريم البير صار مملوكا لصاحب البير
ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فلم يكن لغيره ان يتصرف في ملكه
فان حفر آخر بيرا في حريم الاول فله اي للاول ان يسد ما احتفره
الثاني ولا يضمنه النقصان وللاول ان ياخذه بكبس ما احتفره
وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه وهذا هو الصحيح وان حفر
الثاني بيرا في غير حريم الاول بل في منتهاه فنزا منه فذهب ماء
البير الاول وعرف ان ذهاب ذلك من حفر الثاني فلا شيء عليه
لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له
ان يخاصمه في تحويل ماء بيره الى بير الثاني فله اي للثاني الذي
حفر في منتهى حريم الاول الحريم من ثلث جوانب دون الجانب
الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه وللقناة هي مجرى الماء تحت
الارض حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد انها بمنزلة البير في
استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما واما عنده فلا حريم له ما لم
يظهر الماء على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر
الظاهر قالوا وعند ظهور الماء هي بمنزلة البير عين فوارة فيقدر

حريمها بخمسمائة ذراع ومن كان له نهر في ارض غيره فعند مسناة
ابي حنيفة رح لا حريم للنهر الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له
النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه وموضع الخلاف ان يكون الحريم
موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق
احدهما اما اذا كان عليه لاحدهما غرس او طين ملقى فصاحب
الشغل اولى به بالاجماع لانه صاحب يد وثمرة الخلاف يظهر في
موضعين احدهما انه اذا كان على المسناة اشجار ولا يدرى من
غرسها فعنده الاشجار لرب الارض وعندهما لرب النهر وثانيها
ان ولاية الغرس على المسناة لرب الارض عنده وعندهما لرب
النهر والقاء الطين قيل على هذا الخلاف وقيل ذلك ما لم يتفحش
وهو الصحيح وان اراد ان يكون لرب النهر ذلك ان يمر عليه صاحب
النهر وقيل ليس له ذلك والاشبه ان لا يمنع اذا لم يكن فيه ضرر قال
الفقيه ابو جعفر رح اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين
ثم عند ابي يوسف رح حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعند
محمد رح مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس قال
الفقيه ابو جعفر رح الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل
حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها

حريم بالاتفاق **فصل** الشرب بالكسر لغة نصيب من الماء وشريعة
عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او للدواب والشفة
شرب بني ادم والبهائم يقال هم اهل الشفة اي الذين لهم حق الشرب
بشفاههم وان يسقوا دوابهم ولكل واحد من الناس حق فيها
اي حق الشفة وحق سقي الدواب والشفة ان كانت تاتي على الماء
كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثيرة
ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا يردها في كل وقت
وقال اكثرهم له يمنع ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل
الثياب في الصحيح ان لم يخف تخريب النهر لكثرة الدواب بكسر ضفته
في كل ماء لم يحرز بالاناء اما اذا احرز صار مملوكا له وانقطع حق غيره
عنه ولو كان البئر او العين او الحوض في ملك رجل فله ان يمنع
من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء اخر بقرب
هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد ذلك يقال لصاحب
النهر اما ان يخرج الماء اليه او يتركه لياخذ بنفسه ولكل واحد
حق الشرب في كل ماء ونصب الرحى عليه الا اذا ضر العامة
فحينئذ لا يكون له ذلك دفعا للضرر عنهم او الا اذا خص النهر
بغيره اي دخل ماؤه في المقاسم جمع مقسم يقال نهر له مقسم

كانه اراد موضع القسم وهو موضع السكر المعهود كالانهار المملوكة
والابار والعيون والحاصل ان المياه انواع اربعة الاول ماء البحار
ولكل واحد فيها حق الشفه وسقي الارض حتى ان من اراد ان
يكري فيها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك لان الانتفاع بماء
البحر كالانتفاع من الشمس والقمر والهواء والثاني ماء الاودية
العظام كجيحون نهر ترمذ وخوارزم ودجلة نهر بغداد فللناس
فيه حق الشفه على الاطلاق وحق سقي الارض بان احيى واحد
ارضا ميتة وكرى منه نهرا يسقيها ان كان لا يضر بالعامة
ولا يكري النهر في ملك واحد وان كان يضر فلا يكون له ذلك
وعلى هذا اذا نصب الرحى عليه فشق النهر للرحى كشقه للسقي
الثالث اذا دخل الماء في المقاسم اي قسم نحو الشفه ثابت وان
اراد رجل ان يسقي بذلك الماء ارضا لاهل النهر منعه عنه آخر
بهم اولا والرابع الماء المحرز في الاواني وهو مملوك للمحرز وينقطع
حق غيره عنه كالصيد المأخوذ والانهار ثلثة نهر غير مملوك
لاحد وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماءه في القسمة اي
لا يملك ذلك كجيحون ونحوه فانه لا يمكن قسمة ماءه بان يكون
يوما لقوم ويوم الآخرين ونهر مملوك كدخل ماءه تحت القسمة

لانه عام من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماءه في
القسمة وهو خاص من كل وجه والفاصل بينهما استحقاق الشفعة
وعدمه فمؤنة كري النهر لم يملك ولم يدخل ماءه في المقاسم على
السلطان من بيت المال لان ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال
بيت المال معد لمصالحهم فان لم يكن فيه اي في بيت المال شيء
فعلى العامة اي تجبر السلطان الناس على كريه الا انه يخرج له
يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم
ومؤنة كري نهر ملك ودخل ماءه تحت القسمة سواء كان عاما
من وجه او خاصا من وجه على اهله لا على بيت المال من اعلاه
اي من اوله لا من اسفله ومن جاوز الذين يكرون من ارضه
بريء من الكري ولم يكن عليه كري باقي النهر وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما مؤنة الكري عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص الشرب
والارضين بيانه ان الشركاء في النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكري من
اول النهر على كل واحد منهم عشرة الى ان يجاوز ارض احدهم فح
يكون مؤنة الكري على الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى
ثم يكون على الباقين اثمانا على هذا التفصيل الى آخر النهر وعندهما
المؤنة عليهم اعتبارا من النهر الى اخر ويقول ابي حنيفة نحوا

في الفتوى ثم انما يبرئ عن الكرى اذا جاوز حد ارضه كما ذكرنا
وهو الاصح وزعم بعض مشايخنا ان الكرى اذا انتهى الى فوهته ارضه
من النهر فليس عليه شيء من المؤنة واذا جاوز الكرى ارض رجل
سقطت عنه مؤنة الكرى وهل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه قيل له
ذلك لان الكرى قد انتهى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ
شركاؤه من الكرى وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم ان يؤخذ
في الكرى من اسفل النهر او يترك بعض النهر من اعلاه حتى
يفرغ من اسفله وليس على اهل الشفة من الكرى شيء وصح
دعوى الشرب بلا ارض استحسانا والقياس ان لا يصح
لان شرط الدعوى اعلام المدعى في دعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا يقبل الاعلام ووجه الاستحسان ان الشرب قد
يملك بغير الارض ارثا او وصية وقد يباع الارض بدون الشرب
فيبقى الشرب وهو مرغوب فيه منتفع به فيصح فيه الدعوى وان
اختصم قوم في شرب من نهر بينهم لهم عليه اراضون قسم الشرب
بقدر اراضيهم لان الظاهر ان حق كل منهم من الشرب بقدر
اراضيه وان كان الاعلى يريد ان يسكر النهر منع على من سكر
النهر اي سده على الاسفل لان في السكر قطع منفعة الماء عن

الاسفل

الاسفل وان لم يشرب الاعلى بدونه اي بدون السكر الا برضاهم
بان اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته او توافقوا
على ان الاعلى يسكر النهر ويفهم من قوله ومنع الاعلى ان للاسفل
سكر النهر بلا رضاهم وينبغي ان لا يكون له ذلك لانه يحتمل ان يضر
سكر النهر من الاسفل الاعلى ومنع كل منهم اي من الشركاء من نصب
رحى ماء عليه ونحوه كالدالية وهي جذع طويل وقد سبق ذكرها
وكالسانية وهي البعير يستقى عليه ويقال للدلو مع اداته وسانية
وكالجسر هو مما يتخذ من الخشب والالواح يوضع ويرفع وكالقنطرة
وهي ما يتخذ من الاجر والحجر فيكون موضوعا ولا يرفع الا ان يكون ملك
في ملكه بان يكون النهر وجانباه مملوكا له والا خرجت السيل
بحيث لا يضر بالنهر بكسر ضفة ولا بالماء بان يتغير عن سنة الذي
يجري الماء عليه ومنع كل من الشركاء من التغير لما وقعت القسمة
عليه مما كان قديما كتوسيع فم النهر وكالقسمة بالايام بعد ما كانت
بالكوى اذا اراد وهي مفاتح الماء الى المزارع اي الجداول جمع كوة
وهي روزن البيت استعيرت لثقب الماء وكذا اذا اراد ان يؤخر
الكوى عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع من فم النهر الى اسفله
ليس له ذلك التغير لان الماء يحتبس في ذلك الموضع فيزداد دخول

ولو اراد ان يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت او يرفعها الي وجه
الارض له ذلك في الاصح لان قسمه الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة وكسوق شربه
الي ارض له اخري لم يكن لها في ذلك النهر شرب فيما مضي والشرب
مما يورث لانه قد يملك بالارث ما لم يملك بساير اسباب الملك كا
القصاص والدين والخمر فانها تملك بالارث فكذا الشرب ويوصي
بالانتفاع به لان الوصية اخت الميراث ولا يباع الشرب بلا ارض
في ظاهر الرواية وهو القياس لانه بيع المعدوم فانه لا يدري ان الماء
يجري في الوقت الثاني ام لا الا عند مشايخ بلخ فانهم يجوزون
بيع الشرب لان اهل بلخ تعاملوه وتعارفوا بذلك لحاجتهم
والقياس يترك بالتعامل وقيل اذا باع الشرب بجارية جاز
ويصير الماء تبعا للجري وكذا الاجارة والهبة اي لا يوجر الشرب ولا
يوهب لما ذكرنا ومن سقي ارضه من شرب غيره ويضمن هذا
اختيار الامام فخر الاسلام وعلي رواية الاصل لا يضمن وهو قول
الامام المعروف بخواهر زاده وذكر في خزانة المفتيين ان كان
الرجل شرب يوم فجاء انسان وسقي بهذا الشرب ارض نفسه
الاصح انه لا يضمن لان الماء قبل الاحراز بالاواني لا يصير مملوكا

فقد اتلف

فقد اتلف ما ليس بمملوك لغيره لا يضمن من سقي ارضه فسال
من مائها في ارض جاره فنزت او غرقت ارض جاره من هذا الماء
قالوا هذا اذا سقي ارضه سقيا معتادا يحتمل ارضه عادة اما اذا
سقي سقيا لا يحتمله ارضه فيضمن لانه اجري الماء الي ارض جاره
تقديرا

كتاب الوقف

الوقف هو في اللغة مصدر وقفه اذا حبسه
وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدي ولا يتعدي وقيل للموقوف وقف
تسمية بالمصدر وفي الشرع عند ابي حنيفة لا حبس العين علي
ملك الواقف والتصدق بالمنفعة علي الفقراء او علي وجه من وجوه
الخير ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح
فلا يجوز الوقف عنده اصلا والاصح انه جائز اجماعا الا
انه غير لازم عنده فيرجع عنه ويباع ويوهب ويورث كا
العارية فينتفع به زراعة وسكني وغيرهما كما ينتفع بالمملوك
وعندهما هو حبس العين علي ملك الله تعالي ويزول ملك الواقف
عنه الي الله تعالي علي وجه يعود نفعه الي العبد فيلزم ولا يباع
ولا يوهب ولا يورث كالمسجد يصير لله تعالي ضرورة حصول
ما قصده وهو كونه مصلي للمسلمين علي الدوام وقيل الفتوي علي
قولهما فلا يزول ملك المالك عن الوقف عند ابي حنيفة لم

الاان يحكم به الحاكم لان القاضي اذا قضي في محل مجتهد فيه
ينفذ وصورة حكم الحاكم ان يسلم الواقف ما وقفه الي المتولي ثم
يرجع محتجا بعدم اللزوم فيقضي القاضي باللزوم فيلزم ولو حكما
رجلا فحكم الحاكم بلزوم الوقف فالصحيح انه لا يرتفع الخلاف
وللقاضي ان يبطله ولو علقه بموته بان يقول اذا مت فقد
وقفت داري علي كذا يكون لازما بالاجماع ولا في مسجد بني
وافرز اي ميزه عن ملكه المتصل به بطريقه بان يجعل له
طريقا عاما للمسلمين وانما شرط الزوال الملك الافراز لان
المسجد لا بد ان يكون خالصة لله تعالي لقوله تعالي وان
المساجد لله تعالي اي مختصة لله تعالي ولا يخلص لله الا به
واذن للناس بالصلوة فيه بان يقول للناس صلوا فيه ابدا
حتي لو قال صلوا يوما او شهرا او نحوه فصلوا لا يزول ملكه وصلي
فيه واحد وشرط الصلوة فيه لان التسليم شرط عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله في الاوقاف كلها غير ان تسليم كل شيء بحسب ما يليق به
وهو في المسجد بالصلوة ثم يكفي بصلوة الواحد في رواية عن ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله كما ذكره المصنف وفي رواية يشترط الصلوة بجماعة وهو
الصحيح كذا في الكافي وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملك الواقف بقوله

جعلته

جعلته مسجدا لان التسليم ليس بشرط عنده وعند محمد رحمه الله تسليمه الي
المتولي وقبضه شرط لزوال ملك الواقف ولزوم الوقف لان زوال
الملك بعزوديته حقا خالصا لله تعالي وحقه تعالي انما يثبت في ضمن
التسليم الي العبد كالصدقات والزكوة فانها يكون ملكا لله تعالي
بواسطة كونها ملكا للفقير لان التمليك منه تعالي لا يتحقق قصدا
لان ما في الدنيا ملكه علي الحقيقة فالوقف لله تعالي بواسطة
قبض المتولي وعند ابي يوسف رحمه الله يزول ملك الواقف بنفس القول لان
الوقف شرع لاسقاط ملك الواقف عن العين لا للتمليك فيصح
بدون التسليم كالاعتاق فصح تفريع علي قول ابي يوسف رحمه الله عنده
وقف المشاع خلافا لمحمد رحمه الله لان التسليم والقبض ان يصير الشيء
في حيز القابض ويده من كل وجه والمشاع في حيزه من وجه وفي
غير حيزه من وجه واما عند ابي يوسف رحمه الله فالوقف اسقاط الملك
والشيوع لا يمنعه والفتوي علي قوله والخلاف في مشاع يحتمل القسمة
اما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام الصغير فيصح مع الشيوع وعند
محمد رحمه الله ايضا وفي المسجد والسقاية والمقبرة لا يصح مع الشيوع عند
ابي يوسف رحمه الله ايضا وصح عنده جعل الوقف تمام الغلة او بعضها لنفسه
في حال حيوته وبعد موته للفقراء وعند محمد رحمه الله لا يصح لان التسليم

عنده شرط والقبض ... النبي

عنده شرط لتخرج العين عن ملكه الى الله وشرط الغلة لنفسه ينافي
ذلك والفتوى على قول ابي يوسف رح ترغيبا للناس في الوقف وكذا
اذا جعل الولاية لنفسه مادام حيا صح الوقف والشرط عند ابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح فانه لا يجوز الوقف عنده الا مقبوضا فاذا اسلم فليس له
الولاية بوجه من الوجوه وصح عنده شرط الواقف ان يستبدل له
به ارضا اخرى خيرا منه او مثله اذا شاء وعند محمد رح الشرط
باطل والوقف جائز والآن يفتى بصحة الاستبدال لما فيه من
الفساد وصح عنده ترك مصرف مؤبد حتى لو وقف على جهته
يصح عنده فاذا انقطع صرف الى الفقراء وان لم يسمهم ومحمد رح
شرط التابيد فقال اذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يصح اذا
لم يجعل آخره للمساكين وقيل قول ابي حنيفة رح كقول محمد رح والصحيح
ان التابيد شرط على قول الكل ولكن ذكره ليس بشرط عند ابي يوسف رح
لان قوله وقفت يقتضي الازالة الى الله تعالى وذا مقتضي للتابيد
ولا حاجة الى ذكره وعند محمد رح يشترط ذكر التابيد لانه تصدق
بالمنفعة او الغلة وذا قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه
لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص عليه وصح عند محمد رح وقف
منقول فيه تعامل بين الناس كالمصحف ونحوه كالكتب والكراع

والسلاح

والسلاح والفاس والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها وما
يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى وعليه الفتوى وعامة
المشايخ وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في غير الكراع والسلاح واما ان
المنقول شيئا لم يجر التعارف بوقفه كالثياب والحيوان لا يجوز وقفه
عندنا وقال الشافعي رح كل ما يجوز الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز
بيعه يجوز وقفه ولا يملك الوقف ولا يتملك بعد الصحة لانهما
ينافيان مقتضى الوقف وبعض المتاخرين جوزوا بيع الوقف اذا
خرب بعمارة الباقي والاصح انه لا يجوز فان الوقف لا يقبل الملك كا
الحر لا يقبل الرقية لكن يجوز قسمة الوقف المشاع عند ابي يوسف رح
نظرا الى ان القسمة تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في قسمة غير
المكيلات والموزونات معنى المبادلة الا انه جعل الغالب في الوقف
معنى الافراز لا المبادلة لان الشركة في الاعيان عيب وازالة العيب با
القسمة نظر للوقف وعند ابي حنيفة رح اذا قضى القاضي بجواز وقف
المشاع نفذ قضاه وصار متفقا عليه كساير المختلفات فان
طلب بعضهم القسمة لا يقسم ويتهايئون فان وقف نصيبه
من عقار مشترك بينه وبين غيره فهو الذي يقاسم شريكه من
عند يقول بالقسمة وان كانت الارض كلها له فوقف بعضها فا

فالقاضي يقسم مع الواقف واجمعوا ان الكل لو كان وقفا على
الارباب فارادوا القسمة لا يقسم ويبدا من ارتفاع الوقف
بعمارته شرط الواقف ذلك او لم يشترط ان وقف على الفقراء
وما فضل منها يقسم على الفقراء وان كان وقف على رجل معين
يمكن مطالبته بالعمارة واخره للفقراء فهي اي عمارته في ماله
اي مال ذلك الرجل المعين اي ماله شاء يطالب به في حال
حيوته ولا يحبس شيء من الغلة ولا يوخذ منه فان امتنع
من العمارة او كان فقيرا اجره اي الوقف الحاكم وعمره با
جارته ثم اذا عمر رده الى مصرفه رعاية للحقين ولا يجبر الممتنع
على العمارة لان في العمارة اتلاف ماله ولا تصح اجارة من له
السكنى لانه غير مالك لها ونقضه النقض بضم النون وقيل
بكسرها البناء المنقوض اي نقض الوقف وما انهدم من بنائه
تصرف الى عمارته اي احتاج او يدخر لوقت الحاجة اليها
ان استغنى عنه وان تعذر صرفه اليها اي الى العمارة
بيع وصرف ثمنه اليها صرفا للمبدل ولا يقسم نقضه
بين مصارفه ومستحقه لانه جزء من العين وحقهم في
الانتفاع دون العين والعين حق الله تعالى او حق الواقف

الكراهية

هي في اللغة مصدر كرهت
الشيء كراهة وكراهية فهو مكروه اذا لم ترده لم ترضه وكل ما كره
في الشرع حرام عند محمد رح ولكن لم يتلفظ به ولم يطلق عليه لفظ
الحرام لعدم وجدان النص القاطع فيه فنسبة المكروه الى الحرام
كنسبة الواجب الى الفرض وعندهما ما كره الى الحرام اقرب وهذا
في المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب
الاكل على مراتب فرض يوجر عليه ويأثم بتركه ان دفع به هلاكه
لانه لابقاء البنية ليتمكن به من اداء الفرائض فان ترك الاكل
حتى هلك فقد عصى والاكل ما جور عليه بان مكن من اداء
صلواته قائما ومن صومه قال عليه الصلوة واله والسلام
المومن القوي احب الى الله تعالى من المومن الضعيف ومباح
وهو ما زاد على ذلك الى الشبع ليزيد قوته ولا اجر فيه ولا وزر
ويحاسب على ذلك حسابا يسيرا ان كان من حل وحرام وهو
الاكل فوقه اي فوق الشبع لانه تبذير واسراف الا ان يقصد قوة
صوم الغد او لئلا يستحيي ضيفه ولا يجوز الرياضة بتقليل
الاكل حتى يضعف عن اداء الفرائض واما تجويع النفس على وجه
لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح والشاب الذي يخاف

الشق لا باس بان يمنع عن الاكل لتنكسر شهوته بالجوع علي وجه
لا يعجز عن اداء العبادات او حل استعمال الاناء المفضض والاكل
والشرب فيه عند ابيحنيفة رح وكذا الركوب في السرج المفضض والجلوس
علي الكرسي المفضض والسرير المفضض وكذا اذا جعل ذلك في السيوف
او حلقه المراة او اللجام او الركاب او الثفر ويجوز ذلك اذا كان
المستعمل متقيا موضع الفضة اي لا تكون الفضه في موضع الفم
وفي موضع اليد عند الاخذ وفي موضع الجلوس علي الكرسي والسرير
وعلي هذا القياس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح يروي
مع ابيحنيفة رح ومع ابي يوسف رح فصار عن محمد رح روايتان وهذا
الاختلاف بما يخلص فاما التموية الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع
وحل استعمال آنيه الاحجار كالبلور والعقيق وقال
الشافعي رح يكره لا يحل استعمال الذهب والفضة للرجال لان
النبي صلي الله عليه واله وسلم خرج وباحد يديه حرير وبالاخر
ذهب فقال هذان حرامان علي ذكور امتي وحل لاناثهم
والفضة في معني الذهب الا استعمال خاتم ومنطقة و
حلية سيف منها اي الفضه فقد كان النبي صلي الله عليه
واله وسلم لبس خاتم فضة نقشه محمد رسول الله وقال بعض

الناس لا باس بالتختم بالذهب واستعمال مسمار ذهب في الخاتم
لانه تابع للفضة واما الاكل والشرب والادهان والتطييب من اناء
ذهب او فضة لا يحل للرجال والنساء وكذا الاكل بملعقة من احدهما
وما اشبه ذلك ولا يختم بحديد فان النبي صلي الله عليه واله وسلم
راي علي رجل خاتم حديد فقال ما اري عليك حليه اهل النار
وصفر فانه عليه السلام راي علي رجل خاتم صفر فقال ما لي
اجد منك ريح الاصنام فامره فرضي به وحجر ومن الناس
من اطلق في اليشب واليه مال شمس الائمة السرخسي رح فقال
والاصح انه لا باس به كالعقيق فانه عليه الصلوة واله وسلم
كان يختم بالعقيق ولنا انه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر
ولو كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر يجوز ولا يحل
ان يلبس رجل حريرا الا ما روينا الا قدر اربعة اصابع مضمومة
لا منشورة لانه عليه السلام كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير
ويحل الحرير بالنساء وقال بعض الفقها يحل للرجال ايضا وقال
بعض الفقهاء هو حرام عليهم وفي السير الكبير ان العلم حلال
سواء كان صغيرا او كبيرا وحل ان يتوسده اي الحرير ويفرشه
وينام عليه عند ابيحنيفة رح وقالا يكره وكذا الخلاف في ستر

الحرير وحل للرجل وتعليقه الابواب وكذا حل للرجل ان يلبس
في الحرب وغيره ما سداه ابريسم ولحمته غيره كالقطن
مثلا لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز اسم لثوب
سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء وحل عكسه و
هو ما لحمته حرير وسداه غيره في الحرب فقط لضرورة
دفع السلاح وفيه رعب في قلوب الاعادي ويكره في غير
الحروب واعتبر اللحمة في الحل دون السدى لان الثوب
النسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا
الى اخر الامرين وهو اللحمة لما عرف ان العبرة في الحكم لاخر
الوصفين فجعل اللحمة اصلا في الاباحة والتحريم وكره الباس
الصبي ذهبا او حريرا لان النص جعل لبسهما حراما على الذكور
فكان الالباس حراما كشرب الخمر لما كان حراما كان سقيها
للصبي حراما وينظر الرجل من كل بدن الرجل سوى
ما بين السرة الى الركبة قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم
عورة الرجل ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه وبهذا تبين
ان السرة ليست من العورة بخلاف ما يقوله الشافعي رحمه
الحا عورة والركبة عورة خلافا له والفخذ عورة خلافا

لاصحاب الظواهر واعلم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر
الرجل الى الرجل كما ذكرنا والمراة الى المراة والمراة الى الرجل
ونظر الرجل الى المراة وهو اربعة نظر الرجل الى زوجته
ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة
الاجنبية ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي
الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان من راى الى غيره
مكشوف الركبة ينكر برفق ولا ينازعه ان لج وان راه
مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج وان راه
مكشوف السوءة امر بستر العورة وادبه على ذلك ان لج وما
يباح اليه النظر من الرجل يباح مسه فان ما ليس بعورة
يجوز مسه كما يجوز النظر اليه وتنظر المراة من المراة ومن
الرجل محرما كان او لا سوى ما بين السرة الى الركبة وعن ابي حنيفة
ان نظر المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها
النظر الى ظهرها وبطنها والاول اصح وينظر الرجل من محرمه
بنسب او رضاع او مصاهرة ومن امة غيره الى وجهها
وراسها وصدرها وساقيها وعضديها وكل ماو
را الظهر والبطن والفخذ وكما يجوز النظر الى هذه المواضع

يباح المس وانما يباح المس والنظر اذا امن من الشهوة على نفسه
وعليها اما اذا كان يخاف الشهوة على نفسه او عليها فلا يحل له ذلك
ويحل له ان يخلو ويسافر بمحرمه فان احتاجت الى الاركاب والانزال
فلا باس ان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها
دون ما تحتهما اذا امن الشهوة وان خاف على نفسه او عليها
يقينا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنه الركوب
بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف با
الثياب لئلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب
يرفع الشهوة عن نفسه بقدر الامكان وينظر الرجل من الحرة
الاجنبية الى الوجه والكفين لانها تحتاج الى ابداء وجهها
في المعاملة مع الرجال والى ابداء كفها في الاخذ والاعطاء وموضع
الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع وروي الحسن عن
ابي حنيفة رح انه يباح النظر الى قدميها ايضا وعن ابي يوسف
انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا وهذا اذا لم يكن النظر عن
شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل النظر الى
شيء منها وكذا اذا شك في الاشتهاء او كان اكبر رايه ذلك
ولا يحل له ان يمسها وجهها ولا كفيها وان يامن الشهوة

وهذا اذا كانت شابة تشتهى فان كانت عجوزا لا باس بمصافحتها
ومس يدها وكذا اذا اشتهى لكن شيخا يامن على نفسه وعليها
فلا باس ان يصافحها والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها
والنظر اليها وينظر الرجل من السيدة الى الوجه والكفين كالحرة
الاجنبي وقال مالك والشافعي رح نظره اليها كنظر الرجل الى
ذوات محارمه وشرط في حل النظر الامن عن الشهوة الا
عند الضرورة كالقضاء فان القاضي اذا اراد ان يحكم عليها
يجوز ان يحكم بنظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي والشاهد
اذا اراد الشهادة يجوز له النظر وان لم يامن الشهوة فالضرورات
تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغي ان يقصد اداء الشهادة و
الحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة واختلفوا فيما اذا دعي الى
تحمل الشهادة وهو يعلم انه اذا نظر اليها اشتهى فمنهم من يجوز
بشرط ان لا يقصد تحمل الشهادة والاصح انه لا يحل له ذلك
وكذا اذا اراد ان يتزوجها فلا باس ان ينظر اليها على وجه ارادة
النكاح وان كان يعلم انه يشتهيها وكذا المشتري عند ارادة الشرا
للجارية يجوز له النظر وان لم يامن الشهوة على نفسه وعليها
كذا في المبسوط وذكر في المختصر لا باس بان يمس ساقيها وصدرها

وذراعيها وينظر الي ذلك كله مكشوفا قال مشايخنا يباح النظر
في هذه الحالة وان اشتهي ولا يباح المس اذا اشتهي لان اباحة
النظر ليعلم قدر المالية بصر معلوما بالنظر بدون المس وكذا
للطبيب ان ينظر الي موضع المرض لارادة المداواة ولكن ينظر
الي موضع المرض من العورة بقدر الضرورة وينبغي ان يعلم امراة
مداواة المراة لان نظر الجنس اخف وان لم يجدوا امراة
تداوي ولم يقدروا علي تعليم امراة وخيف الهلاك اوخلاس
بان يستر منها كل شي سوي موضع المرض ثم يداويها الرجل
ويغض بصره ما استطاع الا عن ذلك الموضع وكذا ينظر الرجل
الي موضع الاحتقان من الرجل عند الحاجة والخصي الذي نزع
خصياه ونحوه كالمجبوب والعنين والمخنث كالفحل في النظر
الي الاجنبية وقد رخص بعض مشايخنا اي اختلاط المجبوب
جف ماءه بالنساء والاصح انه لا يحل ذلك وكذا رخص بعض
في الترك مع النساء مخنثا في الردي من الافعال والاصح ان
كل من كان من الرجال فلا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون
صغيرا وينظر الرجل والمراة الي كل اعضاء من يحل بينهما
الوطي فينظر الرجل الي فرج زوجته وامته وسائر اعضاءهما

عن شهوة

عن شهوة وغير شهوة وكذا العكس لان الاولي ان لا ينظر كل
واحد منهما الي عورة صاحبه وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولي
ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معني اللذة وما حل نظره من
الاعضاء المذكورة حل مسه علي ما ذكرنا واذا احدث ملك امة
بشراء او هبة او ارث او وصية او غيرها ولو كانت الامة بكرا
او كانت مشتراة ممن لا يطاء كما اذا اشتريت من امراة او عبد
ماذون او مكاتب او محرم لها غير ذي رحم محرم او كانت
الامة من مال صبي وباعه ابوه حرم عليه وطيها ودواعيه
كالقبلة والمس والمعانقة او كانت والنظر الي فرجها بشهوة
حتي تستبري اي يطلب براءة رحمها من الحمل وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه الاستبراء
بحيضة كاملة ولا تجزاء بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وعن
ابي يوسف رحمه الله انه اذا طهرت من هذه الحيضة فله ان يطاها بعد
القبض فلا يجتزاء بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره لك
من اسباب الملك قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله فيمن يحيض و
بشهر في ذلك ممن لا يحيض من صغر او كبر قائم مقام الحيض و
بوضع الحمل في الحامل فان العدة تنقضي بوضع الحمل فتنقضي به

مدة الاستبرا اولي وان ارتفع حيضها بان صارت ممتدة
الطهر وهي ممن تحيض يتركها حتي اذا تبين انها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية الا ان مشايخنا قالوا
تتبين ذلك بشهرين او ثلثة اشهر وكان محمد رح يقول يستبرئها
اربعة اشهر وعشرة ايام ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين و
خمسة ايام والفتوي عليه ورخص حيلة اسقاطه اي اسقاط الاستبرا
عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يكره والماخوذ قول ابي يوسف رح ان علم
عدم وطي بايعها في هذا الطهر وقول محمد رح فيما اذا علم انه وطيها
وهي اي الحيلة ان لم يكن تحته اي المشتري حرة ان ينكحها
ثم يشتريها فيقبضها ولا يلزمه الاستبرا لان بالنكاح يثبت
عليها الفراش ولا يلزم الاستبرا ثم اذا اشتري زوجته لا يجب ايضا
وان كانت تحته حرة الحيلة ان ينكحها البايع الشخص الاخر قبل
الشرا او بعد الشرا قبل القبض ثم يشتري في الصورة الاولي او
يقبض المشتري في الصورة الثانية ثم يطلق الزوج في الصورتين
قبل الدخول ولا يلزم الاستبرا في الصورتين اما في الصورة
الاولي فلانه اشترا منكوحة الغير ولا يحل وطيها فلا استبرا
فاذا طلقها الزوج قبل الدخول علي المشتري وحينئذ لم يوجد

حدوث الملك فلا يجب الاستبرا واما في الصورة الثانية لان الثابت
الاستبرا يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطي لانها منكوحة
الغير واذا دخل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك
فلا يجب الاستبرا ومن فعل بشهوة احدي دواعي الوطي كا
التقبيل واللمس مثلا بامتيه لا يجتمعان نكاحا كالاختين
او ام وبنت او كانت احديهما عمة الاخري او خالتها
حرم عليه وطيهما ودواعيه اي مع الدواعية حتي يحرم
احديهما علي نفسه بان باعها او اعتقها او انكحها
او غير ذلك ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة
دون الاخري وكره تقبيل الرجل فم الرجل او يده او شيئا
منه وعناقه في ازار واحد وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحهما
وقال ابو يوسف رح لا باس بالتقبيل والمعانقة قال ابو
منصور المكروه من المعانقة ما كان علي وجه الشهوة
فاما علي وجه البر والكرامة فجايز قالوا الخلاف فيما
اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان عليه قميص او جبة
فلا باس به بالاجماع وهو الصحيح ورخص بعض المتاخرين
تقبيل يد العالم او المتورع علي سبيل التبرك عن سفيان

تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه قال الصدر
الشهيد رح هو المختار وما يفعله بعض الجهاله تقبيل يد نفسه
اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل
الارض بين العلماء فحرام والفاعل والراضي به اثمان وذكر
الصدر الشهيد رح انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون
العبادة وقال شمس الائمة السرخسي رح السجود بغير الله تعالى
على وجه التعظيم كفر ولا باس بالمصافحة لانها سنة قديمة
واما القيام لتعظيم الغير بعض الشيخ ابو القاسم الحكيم انه اذا
دخل عليه احد الاغنياء غنيا يقوم له ويعظمه ولا يقوم
للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك لان الاغنياء يتوقعون
مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطلب الفقراء
وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام
والتكلم معهم في العلم ونحوه وكره بيع القذرة هي رجيع
الادمي خالصة وعن ابي حنيفة رح انه لا باس بالانتفاع
من القذرة الخالصة وصح بيعها مخلوطة بالتراب او بالرماد
الرماد فالمخلوط مال متقوم يجوز بيعها والانتفاع بها بالقاء
في الاراضي وصح بيع السرقين وقال الشافعي رح لا يصح قال الشيخ

ابو منصور رح كل ما انفصل من الادمي لا يجوز الانتفاع به نحو
الظفر والشعر والقذرة وما انفصل من غير الادمي من الحيوانات
يجوز بيعه والانتفاع به وصح خصاء البهائم وخصاء الهرة اذا
كان فيه منفعة او دفع ضرر لا باس به ولا باس بكي الاغنام
وبكي الصبيان اذا كان الداء اصاب الصبيان لا يصح خصاء
الادمي لانه يتعلق به منفعة مشروعة ولهذا كره كسب الخصي
لان كسبه يحصل بالمخالطة مع النسوان وصح انزاء الحمير على
الخيل لانه عليه الصلوة والسلام ركب البغلة واقتناها ولو كان
هذا الفعل مكروها لما فعل لانه فيه فتح بابه وصح سفر الامة
وام الولد بلا محرم بل مع الاجانب قالوا هذا في زمانهم
لغلبة الصلاح فاما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد وصح
بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان العصير يصلح لاشياء و
هو بعينه ليس بالة الفساد وانما يكون بعد تغيره بخلاف
بيع السلاح في ايام الفتنة لان عينه الة الشر بلا تغير
وكره استخدام الخصي لانه فيه تحريض الناس على هذا الفعل
وكره اقراض بقال شيئا ياخذ منه اي من البقال ما شاء
ومعنى المسئلة ان رجلا نقد له دراهم يخاف التلف لو كان

في يده وليس له فلوس حتى يشتري بها ما يحدث له من الحاجة
كل ساعة فيعطي الدراهم البقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه بحسابه
من المجموع حتى يستوفي ما يقابل الدراهم وهذا الفعل منه مكروه
لان حاصل هذا راجع الى القرض جر نفعا وهو مكروه وينبغي ان
يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء فان ضاع فهو وديعة فلا
شيء عليه لانه لم يقرضه وانما اودعه وكره اللعب بالنرد
والشطرنج فان قامر فهو حرام بالاجماع وان خلا عن القمار
فهو حرام ايضا لكونه عبثا قال عليه الصلوة واله والسلام
كل لعب حرام واباح الشافعي رح الشطرنج فان قامر بالشطرنج
سقطت عدالته وذهبت شهادته وان لم يقامر به وكان
متاولا فيه قبلت شهادته ولم ير ابو حنيفة رح باسا بالسلام
عليهم ليشغلهم عما فيه وكره ابو يوسف ومحمد رح تحقيرا لهم
حيث اسقطهم عن درجة السلام وكره الغناء للناس
لانه يغريهم على نوع فسق ويجمعهم على ان تكاب كبيرة
ولا يمتنع عادة عن المجازفة والكذب واذا كان لا يسمع
غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا باس به وكذا كل
لهو كالضرب بالقضيب والمزامير وغير ذلك وجعل

الغل في عنق عبده وهو معتاد بين الظالمين قالوا هذا في
زمانهم عند قلة الاباق اما في زماننا فلا باس به لغلبة
الاباق خصوصا في بلاد الهند بخلاف التقييد فانه سنة
المسلمين في السفهاء وكره احتكار قوت البشر والبهائم
الاحتكار حبس الطعام للغلاء والتخصيص بالقوت قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه الفتوى وقال ابو يوسف رح
كلما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة
او ثوبا ومدة الحبس مقدرة باربعين يوما او بالشهر وهذا
في حق المعاقبة في الدنيا لكن ياثم وان قلت المدة ويجب
ان يامر القاضي ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله فان لم
يفعل عزره والصحيح ان القاضي يبيع ان امتنع في بلد
يضر باهله بان كان البلد صغيرا فاما اذا كان لا يضر بان كان
البلد كبيرا لا باس به والحاصل ان التجارة في الطعام
غير محمودة اذا كان على قصد واحتكار وتربص الغلاء
وقصد الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شيء من ذلك
فهو محمود لان الكاسب حبيب الله لا يكره احتكار غلة
ضيعته لان ذلك خالص حقه لا حد فيه فلم يكن في الحبس

مبطلا حقهم ولا غلة مجلوبة في بلد آخر عند ابي حنيفة رحمه
لان حق العامة انما يتعلق فيما في المصر وجلب الي فنائها
ناسا في غير ذلك فلا وقال ابو يوسف لم يكره وقال محمد بقعة
يجلب منها الي المصر في العادة فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الا
حتكار فيها ويكره تسعير الحاكم على الناس الا اذا تعلق به
ضرر العامة بان تعدي الارباب عن القيمة تعديا فاحشا
بان يبيعوا الضعف مما يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة و
هو يشتري بخمسين وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين
الا بالتسعير فلا باس به بمشورة من اهل الراي او البصيرة
ومن باع بما قدره الحاكم صح لانه ليس بمكره على البيع ومن
تعدي عن ذلك وباع بثمن فوقه يبطل القاضي البيع وهذا
واضح لانه ليس على قول ابي حنيفة رحمه لانه لا يري الحجر على الحر وفي
ابطال بيعه نوع حجر عليه وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين
فلا يصح الا ان يحجر على قوم باعيانهم وقال مالك رحمه يلزم الحاكم
التسعير عام الغلاء وقبل قول فرد كيف كان بعد ان كان
مميزا عاقلا سواء كان حرا او عبدا مسلما او كافرا رجلا
او امراة في المعاملات لمساس الحاجة الى قبوله لكثرة وقوع

المعاملات وكون المميز العاقل من اهل الشهادة في الجملة
والعدل لا يوجد في كل موضع من المعاملات الوكالات و
المضاربات والرسالات في الهدايا والاذن في التجارات وان قال
عبد كافر ارسل لتشتري اللحم اشتريت اللحم من مسلم او كتابي
يهوديا او نصراني حل اكله وان قال شريته من مجوسي حرم
اكله لان الظاهر انه ذبيحة مجوسي وشرط المسلم العدل
في الديانات لانها لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فلا
يقبل الا قول المسلم العدل ولا يقبل قول المستور في الديانات
في ظاهر الرواية وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه انه يقبل قوله
فيها كالخبر عن نجاسة الماء حتي اذا اخبر بنجاسة مسلم
عدل لم يتوضا به ويتيمم وفي قول الفاسق والمستور يتحري
فان كان اكثر رايه انه صادق يعمل به وان اكثر رايه انه كاذب
لا يعمل لترجح جانب الكذب بالتحري

كتاب الاشربة

هي لغة جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات ومراد
الفقهاء بها ما حرم منها وكان مسكرا حرام الخمر وهو
النيء من ماء العنب اذا غلا بان صار اسفله اعلاه واشتد
المراد بالاشتداد كونه صالحا للاسكار وقذف بالزبد

اي رماه وازاله مايكشف عنه وسكن وتميز الصافي من
الكدر وهذا عند ابيحنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا
لا يشترط القذف بالزبد قال بعض الناس كل مسكر خمر لان
الخمر من خامر العقل وكل مسكر فهو مخامر العقل ولنا
ان الاسم للنيي من ماء العنب اذا صار مسكرا حقيقة
باتفاق اهل اللغة وسمي خمرا التخمر اي تشدده وقوته
فان طاقوة وهذه ليست بغيرها لا المخامرة العقل مذهب
انه سمي بها لمخامرة العقل فذا لا يدل على ان ما يخامر العقل
يسمي خمرا فالفرس الذي احد شقيه ابيض والاخر اسود
سمي ابلق ولا يسمي الثوب الذي فيه لون السواد والبياض
بهذا الاسم وكذا القارورة يسمي بها لمعني ولا يسمي الدن بها
لقرار الماء والحاصل ان القياس لا يجري في اللغة وجهة
التسمية لا تطرد وقد حقق في موضعه ثم ان عين الخمر
حرام وان قلت ومن الناس من انكر حرمة عينها وزعم
ان السكر منها حرام وذلك باطل مخالف للكتاب والسنة
والاجماع فكان انكار حرمة عينها كفرا كالطلاء وهو
في الاصل ما يطلي به من قطران وغيره ويقال لكل ما خثر

من الاشربة طلاء على التشبيه والمراد هيهنا ماء عنب طبخ ادني
طبخة فذهب اقل من ثلثيه ويسمي الباذق وقال الاوزاعي
مباح وهو قول بعض اصحاب الظواهر وبعض المعتزله
وغلظا اي الخمر والطلاء نجاسة كالبول والدم وحرم
نقيع التمر اي السكر وهو في الاصل مصدر سكر من الشراب
والمراد النيي من ماء الرطب اذا صار مسكرا وقال شريك
ابن عبد الله هو حلال وحرم نقيع الذبيب نقع الذبيب
الماء في الخابية ليبتل ويخرج منها الحلاوة واسم الشراب
نقيع بنيين اي حال السكر ونقيع الذبيب نيين اذا غلت
الطلاء ونقيع التمر ونقيع الذبيب واشتدت وقذفت
بالزبد هذا عند ابيحنيفة رح وعندهما يكفي الاشتداد كما في
الخمر وحرمة الخمر اقوي من حرمة هذه الثلثة لان حرمة
الخمر قطعية ثبت بالكتاب والسنة والاجماع وحرمت الثلثة
بضرب من الاجتهاد حتي جاز بيعها وضمن متلفها عند
ابيحنيفة رح ولا يكفر مستحلها بخلاف الخمر فيكفر مستحلها اي
الخمر فقط كما ذكرنا وحل المثلث العنبي وان غلا وصار مشتدا
وهو الذي ذهب ثلثاه بالطبخ وبقي ثلثه ثم غلا واشتد وقذف

بالزبد وكذا ان صب فيه الماء حتي يرق بعد ما ذهب ثلثاه
ثم يطبخ ادني طبخة ويترك الي ان يغلي ويشتد ويقذف بالزبد
الزبد وهذا عند ابيحنيفة وابييوسف رحمهما وقال مالك ومحمد
والشافعي رحمهم قليله وكثيره حرام وسئل ابو حفص الكبير عنه
فقال لا يحل شربه فقيل له خالفت اباحنيفة رحمه وابايوسف رحمه
فقال لا يحلان لانهم استمرءوا الناس في زماننا يشربون للفجور
والتلهي فعلم ان الخلاف فيهما اذا قصد به التقوي فاما
اذا قصد به التلهي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه مثل
قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه فقال لا
احرمه ولا ابيحه وحل نبيذ التمر النبيل تمر نبيذ في جرة
الماء او غيرها اي يلقي فيها حتي يغلي وحل نبيذ الزبيب
مطبوخا كل واحد منهما ادني طبخة وان غلا واشتد اذا
شرب ما يغلب علي ظنه انه لم يسكر بلا نية لهو وطرب
وهذا عند ابيحنيفة وابييوسف رحمهما وعند محمد والشافعي رحمهما
حرام واما القدح الاخير المسكر فحرام بالاتفاق وكذا اذا
قصد التلهي وحل الخليطان هو ان يجمع بين ماء التمر وما
للزبيب وطبخ ادني طبخة ويترك الي ان يغلي ويشتد وقال

اصحاب الظواهر لا يحل شرب الخليطين وحل نبيذ العسل و
التين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ عند ابيحنيفة و
ابييوسف رحمهما اذا شرب بلا لهو وطرب وفي النوادر عن محمد رحمه
ان شرب النبي منه بعد ما اشتد لا يحل والشيخ الخسرواني ذكر
ان الفتوي علي قول محمد رحمه ولا حد علي من شرب مما يتخذ من
العسل والبر والشعير والذرة والفانيذ والسكر والتوت
والكمثري وغير ذلك اسكر او لم يسكر كذا في المبسوط شمس
الائمة السرخسي رحمه وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام
الاصح انه يحد وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد وقيل هذا
قول ابيحنيفة رحمه لا يحل لبن الرمكة كلحمه والصحيح انه يحل لان
كراهة لحمه لما فيه من قطع مادة الجهاد ولا يتعدي حكمه
الي لبنه وحل خل الخمر ولو بعلاج اي بالقاء شيء فيه كالملح
والخل وقال الشافعي رحمه التخليل ان كان بالقاء شيء لا يحل قولا
واحدا وان كان بغير القاء شيء كالنقل من الظل الي الشمس
وايقاد النار بالقرب منه فله فيه قولان واذا صارت
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء تبعا للخل فاما اعلاه
وهو الذي انتقص منه الخمر قبل صيرورته خلا قيل يطهر تبعا

وقيل لا يطهر لانه خمر وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا
علاه بالخل فيتخلل من ساعته وحل الانتباذ في الدباء
هو القرع والحنتم وهو الخزف الاخضر او كل خزف وعن ابي
عبيدة جرار خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة
والمزفتة وهو الوعاء المطلي بالمزفت وهو القير وهذه
الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم النبي
صلى الله عليه وآله وسلم استعمال هذه الظروف فلما مضت مدة
به اباح النبي صلى الله عليه وآله وسلم استعمالها وحرم
شرب دردي الخمر لان فيه اجزاء الخمر ودردي كل شيء
بمنزلة صافه والامتشاط به فانه شيء يصنعه بعض النساء
لانه يليق بريق الشعر وهو حرام لانه نوع انتفاع بالخمر
والانتفاع بالخمر محرم شرعا من كل وجه ولا يحد شاربه
اي الدردي بلا سكر فان في الخمر انما يحد لشرب القليل
لان قليل الخمر يدعو الى الكثير ولا كذلك في الدردي فا
الطباع لا يميل الى شربه بل من يعتاد الخمر يعاف الدردي
فصار كغير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر وقال
الشافعي يحد بلا سكر والله اعلم بالصواب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح بالكسر واما الذبح
بالفتح فمصدر ذبح اذا قطع الاوداج حرم ذبيحة اي
مذبوح لم تزك شرعا اي لم يذكر اسم الله عليها فالتزكية
شرط لحل الذبيحة وهي كما يوجب حلها يوجب طهارتها
وان لم يكن ماكول اللحم وما قيل اراد بالذبيحة حيوانه
من شانه الذبح حتى يخرج السمك والجراد ويتناول
حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية حيوان قد سقط من الفوق
النطيحة ونحوهما ليس بسديد لان المقصود بيان حرمة
مذبوح لم تزك شرعا واما السمك ومثل الجراد فمعلوم
انه لا يذبح وخروج مثل المتردية والنطيحة لا يضر اذ ليس
الغرض من هذا الكلام بيان حكمها والذكوة على نوعين ذكوة
الضرورة اي حال عدم القدرة وهو جرح اين كان اي في
اي موضع كان من البدن وذكوة الاختيار اي حال القدرة
فيعبر في محل مخصوص وهو ذبح بين الحلق واللبة هي
المنحر من الصدر فعروقه اي عروق التي يقطع في
الذبائح اربعة الحلقوم هو مجرى النفس والمري هو
مجرى الطعام والشراب وهو راس المعدة والكرش

والودجان هما عرقان في العنق يجري فيهما الدم وقال
الشافعي رح يقطع الحلقوم والمري وان لم يقطع الودجان
وحل المذبوح بقطع اي ثلث منها اي من هذه الاربعة عند
ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وعنه انه يشترط قطع
الحلقوم والمري واحد الودجين وعن محمد رح انه لابد من
قطع الاكثر كل واحد من هذه الامور الاربعة وعند مالك رح
شرط قطع الكل فلم يجز الذبح فوق العقدة لان الذبح
اعلى من الحلقوم وقيل يجوز هو ما ذكر في الجامع الصغير
لا باس في الذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله و
الاصل فيه قوله عليه السلام الزكوة ما بين اللبة واللحيين
ذكر في فوائد الامام الرستغني رح سئل عن ذبح شاة
فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى
من ما يلي الراس ايوكل اولا قال هذا قول العوام من
الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت
العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر وحل الذبح بكل
ما قطع الاوداج وانهر الدم مما فيه حدة كالمروة
وهي الحجر الذي فيه حدة والليطة وهي قشر القصب الا ان يكون

ما فيه حدة سنا وظفرا قايمين اما اذا كانا منزوعين يحل
الذبيحة عندنا لكن يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح الذبيحة ميتة
لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا
الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع
فان الحبشة يفعلون ذلك وكره النخع هو ان يبلغ بالسكين النخاع
وهو خيط ابيض في جوف الرقبة يمتد الى الصلب والفتح و
الضم لغة في الكسر وقيل هو ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه
وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك
مكروه لانه تعذيب الحيوان بلا ضرورة والسلخ قبل ان
يبرد اي يسكن عن الاضطراب وكره كل تعذيب بلا فائدة
مثل قطع الراس وجر ما يريد ذبحه برجل الى المذبح ومثل
ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع الاكثر العروق في
وان ماتت قبل قطع الاكثر العروق لا يحل فالحاصل ان كل
ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه الزكوة مكروه وشرط في الذبح
كون الذابح على ملة التوحيد اعتقادا او دعوى سواء كان
مسلما فانه على ملة التوحيد اعتقادا او كتابيا فانه يدعي التوحيد
ولو كان الكتابي حربيا فيحل ذبيحة الكتابي والذمي والعربي

والتغلبي لاطلاق قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم والمتولد من كتابي وغير كتابي يحل ذبيحته لان الولد
يتبع خير الابوين دينا وفيما لا يلحقه الذكوة كالسمك يستوي
فيه الكتابي وغيرهما ثم انما يحل ذبيحة كتابي اذا لم يذكر وقت
ذبح غيره او اسم المسيح اما اذا ذكر فلا يحل كما لا يحل ذبيحة المسلم
اذا ذكر غير اسم الله او امراة او مجنونا يعقل ويضبط او صبيا
يعقل اي يعلم ان حل الذبيحة معلق بالذبيحة بالتسمية
ويعلم شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه ويضبط
اي يقدر على فري الاوداج ونحوه ويضبط اي على فري
الاوداج ونحو القيام به اما اذا كان المجنون او الصبي
بحيث لا يعقل ولا يضبط لا يحل الذبيحة او اقلف الذي لم يختتن
او اخرس لانه يومي ايما يعرف به التسمية لا يصح ذبح
من لا كتاب له كالوثني لانه لا يعتقد الملة والمجوسي لانه
ليس له ملة التوحيد اعتقادا ولا دعوي ومرتد لانه لا ملة
لانه ترك ما كان عليه وما انتقل اليه لا يقر عليه ولا يصح
ذبح تارك التسمية عمدا وان نسي التسمية صح بعذر النسيان
وقال الشافعي يؤكل في الوجهين وقال مالك لا يصح في

الوجهين وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب عند الرمي وقول الشافعي مخالف للاجماع
فان من كان قبله اجمعوا على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا
ولهذا قال ابو يوسف والمشائخ ان متروك التسمية عامدا
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى قاض بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه
لانه مخالف للاجماع وحرم المذبوح ان عطف على اسم
الله غيره نحو ان يقول بسم الله واسم فلان اي بسم الله
وفلان او اسم الله ومحمد رسول الله بجر محمد لانه اهل
به لغير الله وكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره وان وصل
ولم يعطف نحو ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان
او يقول بسم الله محمد رسول الله برفع محمد لان الشركة
لم يوجد فلم يكن الذبح واقعا له لكنه يكره لوجود الوصل
صورة والقران ظاهرا وذلك متصور بصورة الحرام
فيكره وحل المذبوح ان فصل عن اسم الله صورة ومعنى
كالدعاء قبل الاضجاع والتسمية لانه عليه الصلوة والسلام
كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذه من امة محمد ممن شهد لك
بالوحدانية ولي بالبلاغ فهذه ثلث مسائل احديهما ان يذكر

موصولا على وجه العطف والشركة والثانية ان يذكر موصولا
لا على وجه العطف والثالثة ان يذكر مفصولا ذكر الامام التمر
تاشي لو ان ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغير واو فهذا
على اوجه اما ينصب محمدا او يخفضه او يرفعه وفي كلها يحل لان
اسم الرسول عليه السلام غير مذكور على سبيل العطف فيكون
مبتدا لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان
خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه
كلام مبتدا وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس
لو سمي اسما اخر مع اسم الله تعالى وندب نحر الابل النحر قطع
العروق في اسفل العنق عند الصدر وانما ندب النحر لان
موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه
عليه لحم غليظ والعروق مجتمع في النحر فكان النحر في الابل
اسهل وكره ذبحها الذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت
اللحيين وانما كره لمخالفة السنة وفي البقر والغنم عكسه
اي ندب ذبحهما لانه ايسر لاجتماع في المذبح وعند مالك
اذا ذبح الابل او نحر البقر والغنم لا يحل وكفى الجرح
والعقر في نعم توحش ولم يمكن ذبحه لانه لم يقدر الا على

زكوة

زكوة الاضطرار او نعم سقط في بير ووقع العجز على زكوة
الاختيار ولم يمكن ذبحه وقال مالك لا يحل بزكوة الاضطرار
في الوجهين لا يحل الجرح في صيد استانس لانه قدر على زكوة
الاختيار فلا يحل بزكوة الاضطرار ولا يحل جنين ميت وجد
في بطن امه صح كو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة تخرج من بطنها
جنين ميت لم يوكل الجنين عند ابي حنيفة وزفر وحسن ابن زياد
اشعر او يشعر وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رح اذا تم خلقه
اكل وان يتم خلقه لم يوكل وفي النوازل رجل له شاة حامل
فاراد ذبحها ان تقاربت الولادة يكره ذبحها لان فيه تضييعا
لما في بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما يتاتى على قول
ابي حنيفة رح وفيه ايضا الجنين اذا خرج حيا ولم يمكن من الوقت
ما يقدر على ذبحه فمات يوكل وهذا التفريع على قول ابي يوسف
ومحمد رح ولا يحل ذو ناب الناب من الاسنان ما يلي الرباعيات
او ذو مخلب هو للطير كالظفر للانسان ومن سبع او طير
قالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيدهما
فذو الناب من السباع الاسد والذيب والنمر والفهد والثعلب
والكلب والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطير الصقر

والبازي والنسر والعقاب والشاهين ولا يحل الحشرات
هي صغار دواب الارض مما ليس له دم سائل وقيل هي الفار
واليرابيع والضباب فالمؤثر في الحرمة الايذاء وهو طورا
تارة يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب والخبث وهو قد يكون
خلقه كما في الحشرات والهوام ومعني التحريم كرامة بني آدم
لكيلا يعدو شي من هذه الصفات الذميمة اليهم بالاكل
لما ان للغذاء من الاثر في ذلك قال عليه الصلوة وآله وسلم
لا يرضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ولا يحل اكل لحم
الحمر الاهلية والبغل وكان بشر المريسي ومالك رح يبيحان
الحمار الاهلي ولا يحل اكل لحم الخيل عند ابي حنيفة ومالك رح
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رح لا باس باكله لحديث
جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وآله وسلم
نهي يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن في الخيل ولان
سوره طاهر على الاطلاق وبوله كبول ما يوكل لحمه فدل
انه ماكول كالانعام وله قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة الاية سيقت لبيان المنة وقد
من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان ماكولا لكان

الاولي

الاولي بيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه
بقاء النفوس ولا يليق بالحكيم العدول عن بيان اعظم المنافع
الي بيان الادني عند اظهار المنة وهذا استدلال منقول
عن ابن عباس رضي الله عنه فعلي هذا المراد بما نقل عن ابي حنيفة
انه يكره الخيل كراهة التحريم واليه مال صاحب الحصر والهداية
وقيل الكراهة عنده كراهة تنزيه لان كراهية بمعنى الكرامة
لئلا يحصل باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سوره طاهرا
وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح وروي الحسن عن ابي حنيفة
انه يكره كالكراهة في سوره كما في لبنه وقيل لا باس بلبنه
لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ولا يحل الضبع
لانه من السباع وقال الشافعي رح يوكل الضبع واليربوع
موش دشتي وهو حلال عند الشافعي رح والغراب الابقع
الذي ياكل الجيف هي جمع جيفة وهي جثة الميت المنتنة
ولا يحل حيوان مائي وقال الشافعي ومالك رحمهما الله يوكل جميع
حيوان البحر واستثني بعضهم الكلب والخنزير والانسان
سوي السمك لم يطف واما الطافي الذي يموت في الماء
فهو حرام وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا باس باكله والاصل

في السمك عندنا ان مات بسبب فهو حلال كالموخوذ منه
وما مات بغير سبب لا يحل كالطافي فان ضرب سمكة فقطع
بعضها يحل اكل ما ابين منه وما بقي لان موته بسبب وكذا
ان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها
وكذا ان قتلها شيء من طير الماء او غيره وكذا ان ماتت في
جب ماء او جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر
على اخذها بغير صيد فمتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها
واذا ماتت في الشبكة وهي لا يقدر على التخليص منها او
اكل شيئا القاه في ليأكله فماتت منه او ربطها في الماء فماتت
او انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت يوكل وان ماتت
لحر الماء او برده يوكل في رواية لوجود السبب لموتها وفي
رواية اخرى لا يوكل لان الماء لا يقتل السمك وحل الجراد
وانواع السمك والجريث والمارماهي بلا ذكوة وقال
مالك رح لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه او يشويه
وحل غراب الزرع لانه يلتقط الحب وليس من سباع و
العقعق وقال ابو يوسف رح سالت ابا حنيفة رح عن العقعق
فقال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه يخلط

اي تارة ياكل الحب وتارة ياكل الجيف وقال ابو يوسف رح يكره اكله
لان غالب اكله الجيف وحل اكل الارنب معها اي مع الزكوة لانه
ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فصار كالطير
الاضحية هي بضم الهمزة وكسرها اسم لما يذبح ايام النحر بنية
القربة لله تعالى وجمعها الاضاحي ويقال ضحية وضحايا
كهدية وهدايا واضحاة واضحي وبه سمي يوم الاضحى اعلم ان
القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات
ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع
المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق
باللحم وهو تمليك وهي واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر
في يوم الاضحى عند ابي حنيفة ومحمد رح وزفر والحسن وابي يوسف رح
في رواية ابي يوسف في الجوامع الخاسنة وهو قول الشافعي رح
وذكر الطحاوي انها عند ابي حنيفة رح واجبة وعند ابي يوسف رح
سنة موكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف والاصح
انها واجبة عند اصحابنا رح ويجوز شاة من فرد و بقرة
او بعيرة منه اي من فرد الى سبعة افراد ان لم يكن لفرد
اقل من سبع وان كان نصيب احدهم دون السبع لا يجوز عن

الكل حتى لو مات رجل وترك ابناً وامراةً وبقرةً فضحيا بها
لم يجز لان نصيب المراة الثمن وقال مالك لا يجوز البدنة عن اهل
بيت واحد سبعة كانوا او اكثر ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا
اقل من سبعة واذا صار الاضحية على الشركة يقسم الشركاء اللحم
وزنا لانه موزون لا جزافا لان في القسمة معنى التمليك فيحصل
الربوا الا اذا ضم معه اي مع اللحم من اكارعه او جلده
في كل جانب شيء من اللحم وشيء من اكارع وفي اخر لحم
وجلد وانما يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وصح
اشتراك ستة في بقرة مشتراة للاضحية وهذا استحسان
وفي القياس لا يجوز وفي رواية عن ابي حنيفة وهو
قول زفر لانه اعدها للقربة فلا يجوز له ان يبيع شيئا
منها بعد ذلك والاشتراك تمليك بعض الاضحية من
الاخر ببدل وهذا بيع ولنا انه لو اشركهم معه في الا
بتداء بان اشتروا جملة جاز فكذا اذا اشركهم بعد
الشراء قبل اتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يحتاج
الى هذا فانه قد يجد بقرة سمينة ولا يظفر بالشركاء وقت
البيع فيشتريها بطلب شركاء فيها بعد ذلك وذا اي الاشتراك

قبل الشراء احب لبعده عن الاختلاف وعن صورة الرجوع
في القربة وعن ابي حنيفة انها تجب عن ولد الصغير فان
كان للطفل مال فقد قال بعض مشايخنا يجب ان يضحي
الاب والوصي من مال طفل غني عند ابي حنيفة وابي يوسف
والاصح انه لا تجب كذا في الكافي لانه ان كان المقصود الا
تلاف فالاب لا يمكنه في مال طفل كالاعتاق وان كان
المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع
ومال الصبي لا يقبل التطوع واذا ضحى الاب والوصي من مال
طفل غني فياكل الطفل منه وما بقي يبدل بما ينتفع بعينه
كالثوب والخف لا بالدراهم ولا بما ينتفع باستهلاكه كالخبز
ونحوه لان التبديل بالدراهم تمول وما ينتفع به بالاستهلاك
في حكم الدراهم فلا يجوز واول وقتها اي وقت الاضحية
بعد صلوة العيد وعند مالك والشافعي لا بعد الصلوة
قبل نحر الامام ان ذبح في مصره فلا يجوز للمصري الذبح
حتى يصلي الامام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت ووقتها
بعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره اي غير مصر فاهل
السواد يذبحون بعد الفجر والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى

لوكان الاضحية في السواد في المضحي في المصر يجوز كما انشق
الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة فاذا اراد المصري
التعجيل يامر باخراج الاضحية الى خارج المصر في موضع يباح
للمسافر قصر الصلوة فيضحي كما انشق الفجر ولو ضحي بعد ما صلى
اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا ولا
قياس ان لا يجوز لان هذا قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة
من وجه فلا يجوز بالشك احتياطا في العبادات او جه
الاستحسان ان الشرط هو الذبح على اثر الصلوة معتبرة وقد
وجد لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاهم ولو كان
على العكس يجوز استحسانا لان المسنون في العيد الخروج
الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد صلوا واخره اي اخر وقتها
قبيل غروب الشمس اليوم الثالث فاذا غربت لم يجز
التضحية بعده وقال الشافعي ره يجوز في اليوم الرابع وهو
اخر ايام التشريق واعتبر وجوب الاضحية الاخر اي
اخر الوقت للفقير وضده اي اذا كان غنيا في اول الايام
وفقيرا في آخره لا تجب عليه وان كان بالعكس تجب عليه
والولادة والموت اي ان ولد في اليوم الاخر تجب له على تقدير

الوجوب وان مات لا تجب وكره الذبح في الليل لاحتمال الغلط
الظلمة الليل في الذبح او في الشاة الهالة او لعيره وان يذبح
شاة فات فيها بعض الشرائط ولو لم يضح حتى مضى ايام النحر
يقضي الناذر الذي اوجب على نفسه تضحية شاة بعينها
بان يكون في ملكه شاة فيقول على ان اضحي بهذه او يقول لله
علي ان اضحي بهذه فيجب ان يتصدق بها حية وان اوجب على نفسه
تضحية شاة مطلقا ومضت ايامها يتصدق بقيمتها او
فقير شري للاضحية ومضى وقتها وجبا يتصدق بها حية
لانها تجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية فاذا مضى الوقت
يجب عليه التصدق بعينها والغني يتصدق قيمتها اذا
مضى وقتها اشتري للاضحية او لا اي لم يشتر لانها واجبة
على الغني في ذمة ولا يتعين ما اشتراه للاضحية فيجب عليه
التصدق بالقيمة وصح الجذع في مذهب الفقهاء ما تمت
له ست اشهر من الضان هو ما يكون الية وذكر في هذا
المبسوط اذا تم له سبعة اشهر فهو جذع بعد ذلك قالوا
اذا كان عظيما بحيث لو اختلط بالثنيان يشتبه على الناظر
من بعيد ولا خلاف في ان الجذع من المعز لا يجوز وصح الثني

فصاعد من غيره وهو اي الثني ابن حول تام له سنة وطعن
في الثانية من الضان والمعز وابن حولين اي ما تم له
سنتان وطعن في الثالثة من البقر ويدخل فيه الجاموس
لانه نوع منه وابن خمس اي الذي تم عليه خمس سنين وطعن
في السادسة من الابل وقيل الثنايا ابن خمس حول وابن ضعف
من ذوي ظلف وخف ويجوز ان يذبح الثولاء اي المجنونة
قيل هذه اذا كانت تعليق اما اذا كانت لا تعلف لا يجوز
والجماء اي التي لا قرن لها وكذا مكسورة القرن بالطريق
الاولي والخصي وعن ابي حنيفة رح انه اولي لان لحمه اطيب
لا يجوز ان يذبح عجفاء لا ينقي اي ما يكون عجفها الي حد
لا يكون في عظمها نقي اي مخ ولا عرجاء بينا عرجها بحيث
لا يمشي الي المنسك ولا ما ذهب اكثر من ثلث اذنها
او عينها او اليتها او ذنبها والاصل ان العيب الفاحش
مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما عنه فلا يمكن الا
حترازعنه وفي تقديره عن ابي حنيفة رح اربع روايات ففي
ظاهر الرواية الزائد علي الثلث حتي لو كان الذاهب اكثر
من الثلث لا يجوز وان كان الثلث او اقل يجوز وهكذا روي

هشام عن محمد رح وفي رواية بقدر الثلث حتي لو كان الذاهب
اقل من الثلث يجوز وان كان الذاهب الثلث لا يجوز وفي
رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة رح الربع وفي رواية الزائد علي
النصف وهو قولهما وانما يعرف ذهاب قدر النصف او الثلث
من العين بان يشد العين المعيبة بعد ان لا يعلف الشاة
يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راه
من موضع اعلم ذلك المكان ثم يشد العين الصحيحة ويقرب
العلف الي الشاة قليلا قليلا حتي اذا راه من مكان اعلم ذلك
المكان ثم يقدر ما بين الرؤية الاولي والثانية من المسافة
فان كانت المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقي
الثلثان وان كان النصف فقد ذهب النصف وان اشتري
سبعة بقرة ليضحوا بها ومات احد سبعة قبل النحر وقال
ورثته وهم كبار اذبحوها عنه اي عن الميت وعنكم صح
استحسانا والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف رح
لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية بقربة بطريق الاتلاف
فلا يصح من الوارثة يقومون مقام المورث بعد موته
التبرع من الحارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق

عن الميت وانما لا يجوز الاعتاق لما فيه من الزام الولاء على
الميت وهو ليس باهل للولاء وانما اشترط ان يكون قصدا
لكل القربة وان اختلف جهاتها كبقرة يذبح عن اضحية
ومتعة وقران فانه تصح عندنا خلافا لزفر لاتحاد المقصود
وهو القربة فان الورثة لما اوتوا ضار ذلك قربة ايضا
فان تضحية المؤمن عنه مشروعة بصفة القريب ولو ذبحها
الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها
قربة لعدم الاذن منهم فلم يقع الكل قربة لعدم التجزي
وان كان احدهم اى احد الشركاء السبعة كافرا او مريد اللحم
لا يصح عن واحد منهم لان ذلك القدر لم يصر قربة لان
الكافر ليس من اهلها وكذا ارادة اللحم ينافي القربة والا
اراقة لا تجزي قربة فيبطل الكل ويأكل منها وفي الذخيرة
اذا نذر ذبح شاة لا يأكل منها الناذر ولو اكل فعليه قيمة
ما اكل ويوكل ويطعم من شاء ويهب من شاء من الاغنياء
والفقراء وندب التصدق بثلثها وان لا ينقص التصدق
منه لان جهات الانتفاع ثلثة الاكل والادخار والاطعام
وندب تركه اى التصدق لذي عيال توسعة عليهم وندب

الذبح

الذبح بيده ان كان احسن الذابح لان الاولى في القربات ان
يتولى بنفسه والا اى وان لم يحسن الذبح يأمر غيره ولكن ينبغي
ان يشهدها بنفسه ولو امر المسلم كتابيا ان يذبح اضحيته جاز
لان من اهل الذبح والقربة اقيمت بانابته ونيته لكن كره فانه
كتابي لان فعله ليس بقربة ويتصدق بجلدها لانه جزءها
او يعمله آلة يستعمل في البيت نحو الجراب والغربال والنطع
او يبدله بما ينتفع به في البيت باقيا كالقدر والقصعة
ولا يبدله بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والملح والمري
ونحوها فان بيع الجلد بغير ذلك كالدراهم والخل مثلا
يتصدق بثمنه لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها
بالبيع انتقلت القربة الى بدله فوجب التصدق به ولو
غلط اثنان وذبح كل واحد منهما شاة صاحبه صح عنهما
ويأخذ كل واحد منهما مسلوخة عن صاحبه بلا غرم
وضمان وهذا استحسانا والقياس ان لا يصح ويضمن
كل لصاحبه وهو قول زفر لان كل واحد ذبح شاة غيره
بغير اذنه وجه الاستحسان ان كل واحد منهما كانه وكيل
من الاخر في الذبح دلالة وصح التضحية بشاة الغصب

وعند زفر رحمه الله لم يصح لان حين ضحى بها لم يكن مالكا لها
ولنا انه ضمنها وملكها عند اداء الضمان مستندا الى زمان
الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه لا يصح بشاة
الوديعة لانه يضمنها ويصير غاصبا بالذبح فلم يثبت
الملك الا بعد الذبح فان قيل بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح
كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح قلنا بقرض
فكان تضحية واردة على ملكه غير الذبح فجاز من غير اثبات
بمقدمات الذبح كما اذا ذبحها قائمة مثلا فانه يصير غاصبا
بالذبح وضمنها اي بشاة الغصب والوديعة كما ذكرنا

الصيد هو لغة الاصطياد وقد يسمى المصيد
صيدا تسمية بالمصدر فيجمع اذا على صيود والاصطياد مباح
بغير الحرم وهو نوعان احدهما الاصطياد بالجوارح كالكلاب
والفهود والصقور والبزاة والثاني الاصطياد
بالرمي والصيد كل ممتنع متوحش طبعا لا يمكن اخذه الا
بحيلة سواء كان ماكول اللحم او غيره ماكول اللحم لما في
اصطياده من تحصيل منفعة جلده او دفع اذاه عن الناس
يحل كل صيد كل ذي ناب من الكلب ونحوه وذي مخلب

من البازي ونحوه وقد مر في الذبائح معنى ذي الناب و
المخلب والخنزير مستثنى من ذلك فلا يجوز الاصطياد به
لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما وعن ابي يوسف رحمه الله
انه استثنى الاسد والدب لانهما لا يتعلمان ولا يعملان
لغيرهما اما الاسد فلعلو همته واما الدب فلخساسة
والحق بعضهم الحداة بهما لخساسة بشرط علمهما قيل
هذا الشرط مغن عن استثناء الاسد والدب لانهما لا يتعلمان
كما ذكرنا وبشرط جرحهما فلا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهو الجرح اي موضع كان من
البدن وقد مر من قبل وعن ابي يوسف رحمه الله لا يشترط الجرح
وشرط ارسال مسلم يعقل الذبح والتسمية حتى لا يوكل
صيد الصبي والمجنون اذا لم يعقل الذبح والتسمية او كتابي
كذلك من يكون له ملة التوحيد دعوى مسميا عند
ارساله اي لا يترك التسمية عمدا لان الارسال بمنزلة
امرار السكين فلا بد من التسمية عنده على كل ممتنع بالقوائم
القوائم او الجناحين متوحش فالصيد الذي استانس
ممتنع غير متوحش والصيد الواقع في الشبكة متوحش غير

ممتنع لخروجه عن حيز الامتناع يوكل اي اذا كان من
جنس ما يوكل شرعا وبشرط ان لا يتارك والناب المعلم او
للمخلب ما لا يحل صيده من كلب غير معلم او كلب المجوسي
او كلب يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا مثلا
وبشرط ان يطول وقفته اي وقفة المعلم بعد الارسال
ويعلم العلم بترك اكل الكلب ثلث مرات وهذا عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح لكن بين هذه
الرواية عن ابي حنيفة رح وبين قولهما فرق ففي قولهما انما
يصير معلما اذا اصاد ثلثا ولم ياكل منها فيحل حينئذ الرابع
وعلى قول ابي حنيفة رح على تلك الرواية يوكل الصيد الثالث وعن
ابي حنيفة رح انه لم يوقت فيه وقتا ولكنه فوض الى اجتهاد
صاحبه فان كان اكثر رايه انه صار معلما فهو معلم وبرجوع
البازي واجابة صاحبه بدعائه وهذا ماثور عن ابن
عباس رض فان اكل الكلب الصيد بعد تركه ثلثا تبين
جهله لان علامة العلم ترك اكله فكان اكله علامة الجهل
فلا يحل ان يوكل ما قد صاد قبل هذا الاكل وبقي في ملكه
محرزا في بيته فان الكلب اذا اكل علم انه لم يكن معلما

فكل ما صاد

فكل ما صاد قبل ذلك الاكل فهو صيد كلب جاهل فيحرم اذا
بقي في ملك الصياد وهذا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما و
اما الصيود التي اكل منها فلا يظهر الحرمة فيها لعدم
المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة يحرم اتفاقا
ولا يحل ان ياكل ما يصيده بعد الاكل حتى يتعلم كما في الا
بتدا وشرط الحل بالرمي التسمية بان لا يتركها عمدا او
الجرح ليتحقق الزكوة الاضطرارية وان لا يقعد الرامي
عن طلبه ان غاب الصيد عن بصره متحاملا سهمه
ثم ادركه ميتا وان قعد عن طلبه ثم ادركه ميتا لم يحل
بخلاف ما اذا لم يقعد فان الاحتراز عنه غير ممكن فا
لجناه للضرورة وقال الشافعي رح اذا غاب عن بصره ثم
ادركه ميتا لا يحل وقال مالك رح اذا غاب عنه اذ لم يبت
ليلة يحل واذا بات ليلة لا يحل فان ادركه الصيد المرسل
للكلب او البازي حيا او الرامي السهم حيا ذكوة فان تركها
اي التزكية عمدا حرم الصيد لانه ترك ذكوة الاختيار
مع القدرة عليها كما حرم الصيد اذا اصابه وقتله معراض
بعرضه المعراض السهم بلا ريش يسمي به لانه يصيب بعرضه

الشيء بعرضه فلو كان راسه حدة فاصاب بحده يحل او قتله
ببندقة هي طينة مدورة يرمي بها لا يحل لانها ثقيلة
وان كانت ذات حدة وانما حرم لاحتمال انها قتلته بثقلها
حتى لو كانت خفيفة بها حدة يحل بتعين الموت بالجرح
ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا اي لم يقطع حرم لان القتل
بالدق وكذا اذا رماه بها فابانت راسه او قطعت او
داجه لان العروق قد ينقطع بثقل الحجر والاصل في هذه
المسائل ان الموت اذا اضيف الى الجرح قطعا حل الصيد وان
اضيف الى الثقل قطعا حرم وان وقع الشك ولم يدر انه
بالثقل او بالجرح حرم احتياطا او رمى صيد فوقع او رمى
صيد فوقع في ماء او على سطح او جبل ثم تردى منه على الارض
وانما حرم لان المتردية والله تعالى ذكرها في جملة المحرمات
ولانه يحتمل الموت بغير الرمي ولو وقع على الارض ابتداء
حل لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفوا فصار
الحاصل ان سبب الحل وسبب الحرمة اذا اجتمعا وامكن
التحرز عما هو سبب الحرمة يرجح جهة الحرمة احتياطا
وان كان مما لم يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه

وان لم يرسل

وان لم يرسل الكلب والبازي احد ولكن انبعث على اثر الصيد
بغير ارسال فزجره مسلم فانزجر يعتبر الزجر ويحل الصيد فيما لم يرسل
والقياس ان لا يحل لان زجره ليس بارسال والارسال شرط
ووجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء
الارسال ولو اجتمعا اي الارسال والزجر من مسلم ومجوسي
بان ارسله مجوسي فزجره مسلم او بالعكس يعتبر الارسال
ففيهما اذا ارسله مجوسي وزجره مسلم فانزجر حرم وفيما اذا
ارسله مسلم فزجره مجوسي حل والفرق ان الزجر دون الارسال
لانه بناء عليه ففي المسئلة الاولى ارسال المجوسي فلا يرتفع بزجر
المسلم لانه دونه وفي الثانية ارسال المسلم موجب للحل فلا
يرتفع بزجر المجوسي لانه دونه وكل من لا يجوز ذكوته كالمرتد
والمحرم وتارك التسمية عمدا في هذه المنزلة المجوسي وان ارسل
كلبه او بازيه على صيد فلم ياخذه واخذ غيره ارسل اليه حل
لانه لا يمكن التعليم بحيث ياخذ ما عينه وقال مالك والشافعي
لا يحل لصيد رمي فقطع عضوا منه حل الصيد ولا يحل العضو
لقوله عليه الصلوة والسلام ما ابين من الحي فهو ميت وهذا
اذا ابان شيئا يبقى المبان منه حيا بدونه عادة كاليد والرجل

والفخذ ومما يلي القوائم والاقل من نصف الراس وان قطع
الصيد اثلاثا والاكثر مع عجزه اي قطع قطعتين بحيث يكون
الثلث في طرف الراس والثلثان في طرف العجز او قطع راسه
او نصف راسه او اكثره قطع بنصفين حل المبان والمبان منه
واكل كله اذ لا يتوهم بقاؤه حيا بعد هذا فكان قبلا وهذا
كله عندنا وعند الشافعي يحل المبان والمبان عنه في الوجوه كلها
اذا مات الصيد وان رمي صيدا فاصابه فرماه اخر فقتله فهو
ملك للاول وحرم ولم يوكل وضمن الثاني للاول قيمته اي
قيمة الصيد مجروحا وهذا ان كان الاول اثخنه واخرجه
عن حيز الامتناع يقال اثخنه الجراحات اي وهنته و
ضعفته وانما كان ملكا للاول لانه اذا اثخنه ملكه بالاخذ
معنى وانما حرم ولم يوكل لاحتمال موته بالرمي الثاني
وهو ليس بذكوة لانه بالاثخان لم يبق صيدا فلا يحل بذكوة
الاضطرار للقدرة على ذكوة الاختيار وانما ضمن الثاني قيمته
مجروحا لان الاول لما ملكه فالثاني قد اتلف صيدا مملوكا
له منقوصا بالجراحة لم يضمنه كملا لان قيمة المتلف يعتبر
يوم الاتلاف وهذا اذا علم ان القتل حصل من الثاني بان كان

الرمي الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم
الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وان علم ان الموت
حصل من الجرحين او لم يدر ضمن الثاني ما نقصته جراحته
والا اي وان لم يكن الاول اثخنه واخرجه عن حيز الامتناع
فرماه آخر فقتله فللثاني الصيد لانه صيد بعد وقال عليه
الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ وحل اكله لان الصيد يحل
بذكوة الاضطرار ويجوز ان يصاد ما يوكل لحمه وما لا يوكل
لان في اصطياده تحصيل منفعة جلده او شعره او ريشه
او دفع اذاه عن الناس والله اعلم   اللقيط اللقطة

والآبق اللقيط في اللغة من اللقط وهو الرفع فعيل بمعنى مفعول
اسم الطفل يوضع على الطريق سمي به لانه على عرض ان يلقط
اي يرفع وهو من باب وصف الشيء بما يؤول اليه مثل من قتل
قتيلا وفي الشريعة اسم لهذا الطفل بشرطان لا يعرف نسبه وكذا
اللقطة في اللغة من اللقط اسم لما يوجد في الطريق ولا يعرف
مالكه بعينه سميت بها لانها يلقط غالبا والآبق هو المملوك
الذي فر من مالكه من ابق اذا فر رفعه اي اللقيط احب
عن تركه لما فيه من الرحم على الصغار وان خيف هلاكه

كتاب اللقيط

بانكان في مفازة او كان غالب ظنه هلاكه يجب رفعه
كاللقطة وسيجيء حكمها وهو حر لان الدار دار الاحرار
فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر الا بحجة رقه
كما اذا ادعى احد ان اللقيط عبده واقام حجة على ذلك
ونفقته في بيت المال لانه يعد للصرف الى المحتاجين
وصار كالمقعد الذي لا مال له وكذا وكذا عقل جنايته
في بيت المال ولو مات وترك مالا كان ارثه له اي
لبيت المال ميراثا للمسلمين لان الغرم مقابل بالغنم
فلما كان نفقته وجنايته في بيت المال كان ارثه او ان
التقط رجل لا يوخذ من اخذه لان يده سبقت اليه
فكان احق بحفظه ونسبه يثبت ممن يدعيه ولو كان
المدعي غير الملتقط اذ لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان
والقياس ان لا يثبت نسبه من غير الملتقط لان قصده
بهذه الدعوة اخذه من الملتقط وحق الحفظ ثبت له على
وجه ليس لغيره ان ياخذ منه فلا يقبل مجرد دعواه
في ابطال الحق الثابت ووجه الاستحسان ان اللقيط محتاج
الى النسب فهو في حقيقته اقرار بما ينفعه فصحت دعواه

ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون احق بحفظ ولده ولو كان
ادعاء النسب من رجلين معا لانهما استويا في السبب وهو الدعوة
ويثبت نسبه ممن يصف منهما اي من مدعيين علامة
في جسده فحينئذ يكون هو اولى به لان الظاهر شاهد له
اذ العلامة او كان المدعي عبدا فانه يثبت نسبه منه لانه
ينفعه ولكن اللقطة كان حرا لان المملوك قد يلد له الحر
فلا تبطل الحرية الثابتة بالشك او كان المدعي ذميا فانه
يثبت نسبه منه استحسانا والقياس ان لا يصدق لانه حكم
له بالاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته لكان تبعا له في الدين
فكان حكما بابطال اسلامه وجه الاستحسان ان موجب
كلامه شيئان احدهما ثبوت نسبه منه وذا ينفعه والآخر
كفره وذا يضره فصحت دعوته فيما ينفعه ولهذا نقول كان
مسلما ان لم يكن في مقرهم اي مقر الذميين اما ان كان في
كما اذا وجد في قرية من قراهم او في بيعة او كنيسة كان ذميا
ان كان الواجد ذميا رواية واحدة اي لا رواية فيه الا رواية
واحدة فقط وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان
المسلمين ففي رواية يعتبر المكان في الفصلين وفي رواية يعتبر

الواجد في الفصلين وفي رواية الجماكان موجبا للاسلام
بعتبر ذلك وفي رواية يحكم رقه وعلامته وان وجد مع اللقيط
مال اي مال شد عليه كان المال له لانه في يده يكون من اهل
الملك لكونه حرا ويصرف ذلك المال اليه بامر القاضي عند
البعض وقيل يصرفه الواجد اليه بغير امر القاضي ويجوز
للملتقط قبض هبة لانه نفع محض وتسليمه في صرفة وصنعه
لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله لا يجوز للملتقط انكاحه
لان ولاية التزويج على الغير يستحق بالقرابة او الملك او السلطنة
ولم يوجد واحد منهما ولا تصرف ماله بالبيع والشراء ولا
اجارته في مختصر القدوري له ان يوجره لانه يعود الى
تثقيفه وحفظه من الاوقات وجه الاول وهو الاصح انه
لا يملك اتلاف منافعه واللقطة قد مر معناها واختلف
الناس في من وجد لقطة فالمتقشفة يقولون لا يحل
له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وبعض
المتقدمين من ائمة التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها
والترك افضل والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء في
ان رفعها افضل لانه لو تركها لا يامن ان يصل اليها

يد خائنة فتكتمها من صاحبها ولهذا قالوا يجب اذا خاف
الضياع وهي امانة ان اخذها واشهد شاهدين على اخذه
وحفظه ليردها على ربها والاشهاد ان يقول من سمعتموه
ينشد لقطة فدلوه علي والا اي وان لم يشهد الاخذ انه اخذها
للرد ضمن ان اقر انه اخذها لنفسه بالاجماع وان لم يقر
بهذا او قال اخذتها للرد على المالك وجحد المالك الرد
ضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله القول قوله
في انه اخذها للرد وذكر في فتاوى قاضيخان هذا الاختلاف
في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهد
عند الرفع او خاف انه لو يشهد عند الرفع يأخذ منه الظالم
فتركه الاشهاد لا يكون ضامنا وان وجد من يشهده فلم
يشهده ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة وعرفت اي
يجب تعريف اللقطة قليلة كانت او كثيرة بان ينادي اني وجدت
لقطة لا ادري مالكها فليات مالكها ولصغرها لا اردها
عليه في مكان وجدت وفي الجامع وان كان شيئا يعلم ان
مالكها لا يطلبها كالنوى وقشور الرمان ما كان جمعها
من مواضع مختلفة وصارت كثيرة بحيث يكون قيمة له ان

ياخذها وينقطع فيها بلا تعريف ولكنه مبقي على ملك
المالك حتي كان له ان ياخذها وذكر شيخ الاسلام انه
ليس له ان ياخذها بعد ما جمعها واخذها ويصير ملكا
للآخذ وكذلك الجواب في التقاط السنابل وبه كان
يفتي الصدر الشهيد ما لم يغلب على ظنه انها لا يطلب بعدها
اي بعد تلك المدة هو الصحيح وروي عن ابي حنيفة انها
ان كانت اقل من عشرة الدراهم عرفها اياما على حسب ما يري
وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقدر محمد في زمان
التعريف في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل و
الكثير وهذا قول مالك والشافعي رحمهما وعرف ما لا يبقي
لو اتي عليه يوما او يومان كالاطعمة المعدة للاكل وبعض
الثمار ان يخاف فساده ثم اذا مضي وقت التعريف
ولم يظهر صاحبه الي ان تصدق به لانه التزم حفظه
علي مالكه وذا بايصال عينه عليه ان وجده والا فبايصال
ثوابه اليه وذا بالتصدق وان شاء امسكه فربما يظفر
بصاحبه فان جاء ربها بعد ما تصدق بها فهو بالخيار
ان شاء اجازه اي التصدق فيكون له ثواب وان شاء ضمن

الاخذ

الاخذ وفي الهداية والكافي ان شاء ضمن الملتقط او المسكين اذا
هلكت في يده وايهما ضمنه لم يرجع على الاخر ببشيء وان كانت قائمة
اخذها من يد المسكين ان شاء وما انفق الملتقط عليها بلا
اذن هالك فهو تبرع لانه لا ولاية له على ذمة مالكها فصار
كما لو قضا دين غيره بغير امره وما انفقه باذنه فهو دين على
مالكها لان امر الحاكم حال غيبته كامره واجر القاضي ما له
كالبهيمة مثلا وما انفق باذنه فهو دين على مالكها لان
امر الحاكم حال غيبته كامره واجره القاضي ما له منفعة
كالبهيمة مثلا وانفق عليها من اجرتها احياء للبهيمة
ونظرا للمالك حيث لا يلزم الدين عليه كالابق اي يفعل
بالعبد الابق مثل اي اجره وانفق عليه وما لا منفعة له اذن
بالانفاق عليه ان كان الانفاق اصلح وجعل النفقة دينا على
مالكها والا اي وان لم يكن الانفاق اصلح بان خاف ان يستغرق
النفقة قيمتها باع اللقطة وامر بحفظ ثمنها وانما يامر بالانفاق
يومين او ثلثة ايام بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا
منه
الظهر واذا احضر المالك للمنفق حبسها اي حبس اللقطة
تعلق
لاخذ النفقة لان هذا دين وجب له بسبب هذا المال فكان له

به فاشبه الرهن ولا يسقط دين النفقة بالهلاك في يد الملتقط
قبل الحبس فان هلكت بعد الحبس سقطت النفقة لانها باخذ
صفة الرهن عند اختيار الحبس فان حضر وبين مدعيها
علامتها بان سمي وزن الدراهم وعددها ووعاءها ووكاءها
حل للملتقط الدفع اليه ولا يجب ولا يجبر على ذلك في القضاء
بلا حجة وقال مالك والشافعي رح يجبر ويجب ان يبين العلامة
ولا باس بان ينتفع الملتقط بها ان كان فقيرا لانه محل للصدقة
والا اي وان لم يكن فقيرا لا يصرفها الى نفسه وقال الشافعي رح
للغني صرفها الى نفسها بحكم القرض بل تصدق بها على الغير
ولو كان التصدق على اصله كابويه وفرعه كولده وعرسه
ان كانوا فقراء وندب اخذ الآبق لمن قوي وقدر عليه لما في
الاخذ من احياء حق المالك وترك الضال قيل احب لانه
لا يبرح عن مكانه فياتي مالكه فياخذه بخلاف الآبق فانه
فر من صاحبه تمردا او عنادا او الضال الذي ضل الطريق الى
منزله وقيل اخذ الضال افضل وينبغي للراد ان ياتي بالآبق
الى الامام بخلاف اللقطة لانه لا يقدر على حفظها بنفسه ولا
يقدر على حفظ الآبق بنفسه عادة لراده اي الآبق قنا او مدبرا

او ام ولد من مدة سفر او اكثر الجعل اربعون درهما وان كانت
قيمته اقل منها او لم يعطها وهذا عند ابي يوسف رح وعند محمد رح
تقضي له بقيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء لحقوق الناس
نظرا للجمهور ولا نظر في ايجاب اربعين برد ما لا يساوي ذلك وله
ان هذا تقدير معروف شرعا بالاجماع وقد قدروه بلا تعرض
بقيمة العبد فيجب اتباعه وقال الشافعي رح لا جعل له الا بالشرط
ان اشهد انه اخذه للرد فالاشهاد عليه حتم عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما حتى لو رده من لم يشهد عند الاخذ لا جعل عندهما
ولو رده من اقل منها اي مدة السفر تقسط فيقسم الاربعون
على ثلثة ايام او يقدر الرضخ في الرد عما دون مدة السفر با
صلاحهما او يفوض الى راي القاضي فان ابق منه اي من الراد
لم يضمن لانه امانة في يده ولا جعل له وهذا ان اشهد على نفسه
انه ياخذه لرده فان لم يشهد فلا شيء له من الجعل وضمن
ان ابق منه كما ذكرنا في اللقطة واذا قال الرجل لغيره ان عبدي
قد ابق فان وجدته فخذه فقال المامور نعم ان المامور
وجده على مسيرة ثلثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل
له لان المولى قد استعان منه في رد الآبق وقد وعد له الاعانة

والمعني لا يستحق شيا وفي المبسوط هذا اذا علم ان العبد كان
ابقا فان انكر المولى ان يكون العبد ابقا فالقول قوله وعلى هذا
لو رد فانكر المولى ان يكون العبد ابقا فلا جعل له الا ان يشهد
الشهود بانه ابق من مولاه او ان من مولاه اقر بإباقه فحينئذ
يجب الجعل

المفقود ويقال فقدت الشيء اذا غاب
عني فهو مفقود وهو شرعا غائب لم يدر موضعه وحيوته
وموته واستر اثره وانقطع خبره فهو حي في حق نفسه باعتبا
ر اول حاله فانا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه
واذا كان حيا فلا ينكح عرسه ولا يفرق بينه وبين امراته
وقال مالك رح اذا مضي اربعين سنين يفرق القاضي بينه و
بينها ان طلبت ذلك ثم تعتد عدة الوفات ثم تتزوج ما شاءت
وان عاد الزوج بعد العدة ولم تتزوج زوجا اخر فهو احق بها
وان تزوجت فلا سبيل له عليها ولا يقسم ماله بين ورثته
ولا يفسخ اجارته ولا ينفسخ اجارته كما لو غاب وعلم حيوته ويقيم
القاضي عليه من يقبض حقه وغلاته وديونا اقر بها غريم و
يحفظ ماله لان القاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وفي
نصب القائم على ماله والحافظ له نظر فينصب من يحفظ ويبيع ما يخاف

فساده لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتاتى له النظر له
وينفق من ماله على قريبه ولادا مثل ولده وابويه وعلى زوجته
والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء
القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته مثل ولده الصغير و
الكبير الانثى والذكر الزمن لان هذا لا يكون من القاضي قضاء
حقيقة بل يكون تمكينا للمستحق من الاخذ حقه وان تمكنوا
من ذلك كان لهم ان ياخذوه فيعينهم القاضي على ذلك
وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من
ماله في غيبته كالاخ والاخت والخال والخالة لان نفقتهم تجب
بالقضاء القاضي لا يقضي على الغائب وميت في حق غيره
فلا يرث من غيره لان حيوته بيثبت بالاستصحاب فانا
علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب
الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا
وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما
كان وفي توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا وقوله
لا يرث المفقود لحد اي توقف قسطه من مال مورثه
الى ان يبلغ تسعين سنة وعليه الفتوى لانه الغالب في زماننا والحيوة

بعدها نادر ولا عبرة للنادر وفي ظاهر الرواية يقدر بموت
اقرانه في اهل بلده فاذا لم يبق احد من اقرانه حكم بموته وعن
ابي حنيفة رح اذا تم له مائة وعشرون سنة من مولده حكم
بموته وعن ابي يوسف رح مائة سنة فان ظهر المفقود حيا علم انه
كان مستحقا فله ذلك اي قسط الموقوف من مال مورثه و
بعدها اي بعد مضي مدة تسعين سنة يحكم بموته في حق
ماله يوم تمت المدة اي تسعين سنة فتعتد امرأته عدة
للموت من ذلك الوقت ويقسم ماله بين من يرثه الان
اي ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت
معاينة ومن مات قبل ذلك لم يرث منه ويحكم بموته في
حق مال غيره من حين فقد لانه حيوته باعتبار الظاهر وهو
يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق ميراث
غيره فيرد ما وقف له من مال غيره الى من يرث الغير
عند موته اي موت ذلك الغير القضاء هو عبارة
عن الاحكام لغة قال شاعر وعليهما مسرودتان قضاهما
اي احكمهما او عن الالزام شريعة واهله اي اهل القضاء
اهل الشهادة لان كلا من القضاء والشهادة الزام فالشهادة

ملزمة

ملزمة على القاضي والقاضي ملزم على الخصم فما يشترط لاهلية
الشهادة يشترط لاهلية القضاء ويصحان اي القضاء والشهادة
من الفاسق حتى لو قلد القضاء يصح ولكن يجب ان لا يقلد حتى
لو قلد يأثم كما صح قبول الشهادة من الفاسق ولكن لا تقبل
اي لانه لا يؤمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه ولو كان
القاضي عدلا وفسق بعد ذلك العدل باخذ الرشوة او
الغيره يستحق ان يعزل في ظاهر المذهب وعليه مشائخنا
وقيل ينعزل بالفسق وقال الشافعي رح لا يجوز قضاء الفاسق
كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة في النوادر
لا يجوز قضاؤه واجمعوا على انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه
فيما ارتشى هل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين
ومبناه على الامانة والاحتراز عن الخيانة وقيل يصلح لانه
يجتهد كل الجهد حذرا عن النسبة الى الخطاء ومن اخذ
اي القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه
وشرط الاجتهاد للاولوية في الصحيح حتى يصح تقليد القضاء
للجاهل عندنا خلافا للشافعي رح وينبغي ان لا يطلب القضاء
بقلبه ولا يسأله بلسانه لقوله عليه الصلوة والسلام من سأل

القضاء وكل الي نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك
يسدده اي يلهمه الرشد وانما يباح ان يدخل في القضاء
من يثق بنفسه عدله واداء فرضه ويكره الدخول فيه
لمن يخاف العجز عنه ولا يامن علي نفسه الحيف فيه وقيل
يكره الدخول فيه مختارا والصحيح ان الدخول فيه رخصة
والامتناع عنه عزيمة ومن قلد القضاء يسال ديوان
القاضي كان قبله وديوان القاضي الخرائط التي فيها نسخ
السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الاوصيا والقيم
في اموال الوقف وتقدير النفقات ونظر في حال المحبوس
فمن اقر بحق او انكر فقامت عليه بينة الزمه اياه ولا
يعمل في المحبوس بقول القاضي المعزول لانه صار كواحد
من الرعايا وشهادة الواحد لا تقبل وان لم يقر المحبوس بحق
ولم يقم البينة علي المنكر لم يعجل بتخليته حتي يامر ان ينادي
من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتي يجمع
بينه وبينه فان حضر وان لم يحضر احد تاني في ذلك اياما
علي حسب ما يري ثم اخذ من المحبوس كفيلا واطلقه وكذا
لا يعمل بقول المعزول في غلية الوقف والوديعة اي لا تقبل

قول المعزول

قول المعزول بان قال هذا وديعة فلان دفعها الي هذا الرجل
وهو ينكر الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه اي من المعزول فح
ياخذ المعزول الوديعة ويسلم الي الذي اقر المعزول انه له
ويقرض مال اليتيم ويكتب الصك ويحفظه في ديوانه وكذلك
القاضي اقراض مال الغائب ويجلس في المسجد للقضاء جلوسا
ظاهرا او الجامع اولي لجلوسه الظاهر لان مجلس القاضي ينبغي
ان لا يكون مخفيا والجامع اشهر المواضع وقال الشافعي يكره
الجلوس في المسجد ولا يقبل هدية فان بالامرا غلول الا من
ذي رحم محرم لانه من صلة الرحم او ممن اعتاد قبل
مهاداته لانه لا يصير اكلا بقضائه بل باعتبار المعتاد بينهما
قدرا عهد ولو زاد المهدي علي المعتاد يرد الزيادة اذا لم يكن
لهما خصومة ولو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا
لو وقعت لمن اعتاد المهادات خصومة لا يقبل ايضا للتهمة ولا
يحضر دعوة الا اذا كانت عامة الصحيح ان الضيف لو علم ان
القاضي لا يحضر الدعوة لا يتخذها فهي خاصة وان كان يتخذها
فهي عامة وان كان القاضي والضيف قرابة يحبسه وان كانت الدعوة
لان لجارة دعوته صلة الرحم وذكر الطحاوي لو ان علي قول

ابي حنيفة رحمه الله لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب
كما في الهداية ويسوي بين الخصمين اذا حضرا جلوسا واقبالا لقوله
عليه الصلاة والسلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولا يسار احدهما ولا يضيفه ولو اضاف الخصمين جميعا
فليس به باس وفي المبسوط لا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا
ان يكون معه خصمه ولا يضحك في وجه احدهما لا يجترئ على
خصمه ولا يمزح معه ولا مع غيره لانه يذهب مهابة القضاء
ولا يشير اليه لان في الاشارة الى احدهما كسر قلب الاخر ولا يلقنه
حجة لانه اعانة لاحد الخصمين وكذا لا يلقن الشاهد بقوله
اتشهد بكذا وكذا واستحسن اي تلقين الشاهد ابو يوسف رحمه الله
فان الشاهد قد يحصر في الكلام لمهابة مجلس القاضي فيترك اداء
لفظ الشهادة والاشارة فكان تلقينه احياء للحقوق اي حقوق المسلمين
فيما لا تهمة فيه بان لا يستفيد الشاهد بتلقينه زيادة علم
واذا ثبت الحق عند القاضي يحبس الخصم كالغريم مدة راها
القاضي مصلحة فالصحيح ان التقدير في الحبس مفوض الى راي
القاضي لان الحبس للاظهار وذا مما يختلف فيه احوال الناس
وقيل يحبس شهرين او ثلثه وعن ابي حنيفة رحمه الله مقدر بشهر واحد

وعنه بستة اشهر وعنه باربعة اشهر بطلب صاحب الحق حبسه
العظيم ان امتنع المقر بالحق عن الايفاء بعد ما امره القاضي بالايفاء
او ثبت الحق بالبينة فانه اذا ثبت بالبينة ظهر مطله
بالانكار فيحبسه كما ثبت لان الحبس جزاء الظلم والمطل يصير
ظالما لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم واما اذا ثبت الحق
بالاقرار لم نعرف مطله في الحال فلا بد ان يامره القاضي
بالايفاء فاذا امتنع حبسه فيما اي في دين لزمه بعقد كالكفالة فان
التزام المال باختياره دليل يساره اذا الظاهر انه لا يلتزم الا ما يقدر
على ادائه او بدل ما حصل له كالثمن والقرض فانه ظهرت
قدرته بما دخل في ملكه وكذا يحبس الزوج في نفقة عرسه
ويحبس الاب الابي في نفقة ولده لان النفقة لحاجة الوقت
فهو بالمنع قصد اهلاكه لا يحبس الاب لدينه اي دين الولد
لان الحبس نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده فالها
لدفع هلاكه في غيرهما اي غير ما لزمه الى الاخر مثل عوض
المغصوب ومثل الديات وارش الجنايات وضمان الاعتاق
اي العبد المشترك وبدل الكتابة لا يحبس ان ادعى فقره
وقال اني فقير لان الاصل في الادمي الفقر الا اذا قامت بينة

بضده اي بالغني فحينئذ يحبس ثم شرع فيما يفعله القاضي اذا
كان الخصم حاصل او لم يكن فقال وان شهدوا علي خصم حاضر
حكم بالشهاده لوجود الحجة وكتب به اي بالحكم وهو اي
كتاب الحكم السجل فكتب القاضي حكمت بذلك او يثبت عندي
فان هذا حكم واذا شهدوا علي الغائب لا يحكم اذ لا يصح القضاء
علي الغائب بل يكتب كتابا حكميا وهو كتاب القاضي وبا
لحقيقة هو نقل الشهادة ليحكم القاضي المكتوب اليه ويشترط
ان يكون الكتاب من معلوم الي معلوم اي المدعي عليه وهو
مقبول في كل الحقوق كالدين بان ادعي رجل نكاحا علي امراة
وبالعكس واراد كتاب القاضي بذلك والطلاق بان ادعت
امراة طلاقا علي زوجها والشفعة والوكالة والوصية والوراثة
والقتل اذا كان موجب المال والنسب عن الحي والميت والامانة
والغصب المجحود لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يعرف با
الوصف ولا يحتاج فيه الي الاشارة وكذا في العقار لانه يعرف
بالتحديد ولا يحتاج فيه الي الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة
كالثياب والعبيد والاماء للحاجة الي الاشارة فيما ينقل
عند الدعوي والشهادة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد

دون الامة لان الاباق يغلب في العبيد دون الاماء وعنه
انه فيهما وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون
قال القاضي الاسبيجابي وعليه الفتوي الا في حد وقود فانه
لا يقبل كتاب القاضي الي القاضي لانه لا يبعد عن شبهة
فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات فاذا اقام المدعي الشهود
عند القاضي انه كان له عبد فابق وهو اليوم في يد فلان
ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته
والدار التي جلب منها كتب القاضي شهادة الشهود بنقل شهادتهم
بالكتاب الي مجلس ذلك القاضي المكتوب اليه فيقرا الكتاب
علي الشهود الذين ينقلون كتابه وانما يقرا عليهم ليعرفوا ما فيه
اذ لا شهاده بلا علم ويختم الكتاب عندهم لئلا يتوهم التغير و
يسلم اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما لان من اصلهما ان
علم الشهود بما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط جواز القضاء
بذلك وكذا حفظ ما في الكتاب من وقت التحمل الي وقت الاداء
شرط عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب اخر غير مختوم ليكون
معهم معونة علي حفظهم وعند ابي يوسف رح ان شيئا من ذلك
ليس بشرط وهو قول الاخر بل يكفي ان يشهدهم ان هذا كتابه

وختمه وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا قبل ذلك حين ابتلي
بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي
قول ابي يوسف ثم اذا وصل الكتاب الي القاضي المكتوب اليه
نظر الي ختمه ولا يقبله الا بحضور الخصم لانه بمنزلة اداء
الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابته
الي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الاصل
بعبارته وكما لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم
لا يفتح الكتاب الا بحضرة الخصم ولا يقبل الكتاب الا باقامة
البينة رجلين او رجل وامراتين على انه كتاب فلان القاضي
قراه علينا وختمه وسلمه الينا لان الكتاب قد يزور ويبدل
والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة
تامة فيفتحه ويقراه على الخصم ويلزمه ما فيه لثبوت
ما في الكتاب عند القاضي المكتوب اليه وانما يقبله المكتوب
اليه ان بقي الكاتب قاضيا حتي لو مات او عزل او لم يبق
اهلا للقضاء قبل وصول الكتابة اليه لم يقبله ولا يعمل به
اي بكتاب القاضي غيره اي غير القاضي المكتوب اليه من
القضاة الا اذا كتب الي فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وكتب

بعد اسمه والي كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه
لما عرف الاول صحة كتابة القاضي اليه فيجعل غيره تبعا له
ولو كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الي كل
من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابي حنيفة
ومحمد لهما وعند ابي يوسف لو ان كتب هذا ابتداء يجوز توسع فيه لما
ابتلي بالقضاء وقد قيل في كيفية يكتب قاضي بخاري الي قاضي
سمرقند ان فلانا وفلانا ويذكر نسبهما شهدا عندي
ان عبد فلان ويذكر نسبه المسمي بالمبارك ويذكر حليته
ابق منه ووقع بسمرقند في يد فلان ويذكر نسبه الي اخر
الكتاب فاذا وصل الي قاضي سمرقند يحضر الخصم مع العبد
ويفتحه بشرائطه فان لم يكن حليته كما كتب يتركه وان كان فالخصم
ان ذهب الي بخاري فيها والا يسلم العبد الي المدعي لا على
وجه القضاء وياخذ منه كفيلا بنفس العبد ويجعل في عنقه
شيئا من الرصاص ويختمه صيانة عن التبديل عند شهادة
الشهود ويكتب الي قاضي بخاري جواب كتابه وارسل
اليه العبد فاذا وصل اليه الكتاب يحضر شهداء الذين شهدوا
في غيبة العبد يشهدوا في حضوره ويشيروا اليه انه ملك

يقبل

المدعي فاذا اعاد يقضي المكاتب به له ثم يكتب الي القاضي
سمرقند لان يبرا كفيله وفي بعض الروايات ان القاضي
الكاتب لا يقضي ما العبد للمدعي لكن يكتب الي القاضي
سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره ويشهد شاهدين
علي كتابه وختمه وما فيه ويبعث العبد ليحكم قاضي سمرقند
علي الخصم ويبرا الكفيل عن كفالته وكتاب القاضي الي
القاضي في الجواري كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه
لا يدفع الجارية الي المدعي بل يبعث شهد مع يد امين
وان مات الخصم لنفذ الكتاب علي وارثه لقيامه مقامه
والمراة يصح ان تقضي في كل شي الا في حد وقود كشفها دينها
فان حكم القاضي والشهادة واحد ولا يستخلف قاضي
علي القضاء لان السلطان فوض القضاء اليه ورضي
برايه وعمله وامانته دون غيره وهذا كما انه لا يوكل
وكيل بخلاف المامور لا بامامة الجمعة مطلقا حيث
يجوز له استخلاف غيره وان لم يوذن به علي شرف الفوات
لوقته وضيق الوقت وكذا لك القضاء الا من فوض
اليه ذلك اي الاستخلاف والتوكيل بان يقول السلطان

القاضي وكل من شئت ويقول الموكل للوكيل وكل من شئت
ففي المفوض اليه الاستخلاف صار القاضي الثاني قاضيا من السلطان
لا من جهة هذا القاضي لا من جهة الوكيل حتى ان نائبه وهو القاضي
الثاني والوكيل الثاني لا ينعزل بعزله وموته وان كان المفوض اليه
موكلا انما قال ذلك لان في الوكالة ينعزل الوكيل بموت موكله
فاراد ان يصرح ان الوكيل لا ينعزل بموت موكله لانه ليس في
الحقيقة نائبه بل هو اي نائب المفوض نائب الاصل وهو السلطان
في القضاء والموكل الاول في التوكيل ففي التوكيل ينعزل بموت الاصل
وهو الموكل الاول وفي القضاء لا ينعزل بموت الاصل وهو
السلطان فلما كان الاشتباه في التوكيل خصه بالذكر واما في
القضاء فلا اشتباه ان النائب لا ينعزل بموت المنوب وهذا
اذا لم يقل الخليفة للقاضي ول من شئت واستبدل من شئت
ولم يقل الموكل للوكيل مثل ذلك اما اذا قال ذلك فللقاضي و
الوكيل عزل النائب وفي غيره اي غير المفوض اليه ان فعل
نائبه عنده بحضوره او فعل بغيبة لكن وصل الخبر اليه
واجاز هو اي غير المفوض اليه قضاء القاضي الثاني تصرف
الوكيل الثاني او كان الموكل الاول قدر الثمن في باب الوكالة

صح نعل التايب لانه اذا فعل بغيبة لكن وصل الخبر اليه فا
جاز لانه اذا انتظم رايه فكان فكانه فعل بنفسه وكذا اذا قدر
الموكل الثمن او بتقدير الثمن حصل رايه و باعمل برائك يوكل
اي اذا قال الموكل للوكيل اعمل برأيك جاز له ان يوكل غيره و
القضاء في المجتهد فيه علي خلاف مذهبه مثل ما قضي الحنفي
بجوز بيع المدبر المطلق ناسيا لمذهبه او عامدا لا ينفذ عند
ابيحنيفة رح وفي رواية لا ينفذ ان كان عامدا وعندهما لا ينفذ
في الوجهين لانه قضاء بما هو خطا عنده وعليه الفتوي كذا في
الهداية وفي الصغري لو قضي في محل الاجتهاد وهو لا يري
ذلك بل يري خلافه ينفذ عند ابيحنيفة وعليه الفتوي وفي
الفصول محالا الي المحيط والذخيرة اذا قضي القاضي في محل مجتهد
فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ
قضاؤه وعامتهم علي انه لا ينفذ وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا
فيه قال الشمس الائمة السرخسي رح هذا ظاهر المذهب والقضاء
في مجتهد علي وفاقه اي وفاق مذهبه ينفذ ظاهرا وباطنا
ويجعل الحكم المختلف فيه بين المجتهدين مجمعا عليه بينهم
فان عرض هذا القضاء علي قاض اخر يمضيه ولا يجوز له ان يرد

وانكان يري غير ذلك لان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تا
يد باتصال القضاء الا فيما اي حكم خالف الكتاب كما اذا قضي قاض
بشاهد ويمين فانه يخالف قوله تعالي واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فمثل هذا
انما يذكر تقصر الحكم عليه بدليل قوله ذلك ادني ان لا ترتابوا
ولا مزيد علي الادني والسنة المشهورة كالقضاء بحل المطلقة
ثلثا بنفس نكاح الزوج الثاني بلا وطي علي مذهب سعيد بن
المسيب رح فانه مخالف لحديث رفاعة وهو قوله عليه الصلوة
والسلام لا تحل حتي تذوقي عن عسيلته ويذوق هي عسيلتك
او الاجماع كالقضاء بحل المتعة النساء ان متعة ان ينكح ز
امراة بشرة شهر وهذا باطل لان الصحابة رضي قد اجمعوا
علي فساد ذلك وهذا اذا كان محل القضاء مختلفا فيه وانكان
نفس القضاء مختلفا فيه كالقضاء علي الغائب فان قضاء القاضي
عليه لا يصير مجمعا عليه الا ان يرفع قضاؤه الي قاض اخر
فيمضيه فحينئذ يصير مجمعا عليه بامضاء اخر فبعد الامضاء
ان رفع الي القاضي اخر يجب عليه تنفيذه والقضاء والحرمة
بحرمة كما اذا زعمت المراة علي زوجها انه طلقها ثلثا

ظاهرا وباطنا

واقامت علي ذلك شهود زور وقضي القاضي بالفرقة
بينهما وتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة فعلي قول
ابيحنيفة رح وهو قول ابيوسف رح الاول لا يحل للزوج
الاول وطيها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني وطيها
ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لا يطلقها
بان كان الزوج الثاني احد الشاهدين او لم يعلم بحقيقة
الحال بان كان الزوج الثاني اجنبيا واما علي قول ابيوسف رح
الاخر وهو قول محمد رح لا يحل للزوج الثاني وطيها اذا كان
عالما بحقيقة الحال وان لم يعلم بحقيقة الحال يحل وطيها
له وطيها علي قول ابيوسف رح الاخر لا مع انه تقع الفرقة
باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه
وذكر شيخ الاسلام ان علي قول ابيوسف الاخر لا يحل للاول
وطيها سرا وعلي قول محمد رح يحل للاول ما لم يدخل الثاني
فاذا دخل بها الثاني الان يحل للاول وطيها سواء كان
الثاني يعلم بحقيقة الحال او لم يعلم او حل كما اذا ادعي
امراة نكاحا وهي تجحد واقام عليها شاهدي زور قضي
القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطيها وحل للمراة

التمكين

التمكين منه عند ابيحنيفة وابيوسف في قوله الاول وعند محمد
وابيوسف رح في قوله الاخر لا يحل لها ذلك ينفذ ظاهرا ويفتي
ومعنا بالنفاذ ظاهرا ان يسلم القاضي المراة الي الرجل ويقول
سلمي نفسك اليه فانه زوجك باطنا ويفتي ومعنا بالنفاذ باطنا
ان يحل له وطيها ويحل لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالي
ولو كان القضاء بشهادة زور كما ذكرنا فيجعل قضاء القاضي
بمنزلة انشاء العقد وهذا اذا ادعاه بسبب معين بان ادعي
جارية بسبب الشراء من رجل او ادعي علي امراة نكاحا اما اذا ادعي
ملكا مطلقا بان ادعي جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب واقام
بينة وقضي لها لا يحل له وطيها بالاجماع ولا يقضي علي غايب
وللغايب وقال الشافعي رح يجوز القضاء علي الغايب بالبينة
الا بحضرة نايبه ومن يقوم مقامه حقيقة اي باقامته مقامه
كوكيله او شرعا اي بانابة القاضي كوصي من جهة القاضي
وفي المسخر من جهة اختلاف الروايتين وفي الذخيرة
اذا نصب القاضي مسخرا علي الغايب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز
حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي ان ينصب القاضي
وكيلا من جهة الغايب ليسمع الخصومة عليه او حكما اي

من يقوم مقامه من حيث الحكم والشروع بان كان ما يدعي
علي الغائب سببا لما يدعي علي الحاضر فانتصب الحاضر خصما
عنها وصار القضاء عليه كالقضاء علي الغائب كما اذا
ادعي دارا في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب
وهو ملكها وانكر ذو اليد وقال الدار داري واقام المدعي
بينة علي دعواه وقبلت بينته ويقضي له ويكون ذلك
قضاء علي الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصما عن الغائب
حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت علي انكاره لان ما يدعي
علي الغائب وهو الشراء منه سبيل ثبوت ما يدعي علي الحاضر
لان الشراء من المالك سبب له لا محالة لا يكون الحاضر
نائبا عن الغائب ان كان ما يدعي علي الغائب شرطا لما
يدعي علي الحاضر هذا قول عامة المشايخ رح فاما علي قول بعض
المتاخرون فللشرط اعتبار ايضا كما للسبب لان دعوي المدعي
كما يتوقف علي السبب يتوقف علي الشرط ايضا وصورته رجل
قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق ثم ان امراة
الحالف ادعت علي الحالف ان فلانا طلق امراته دخل الدار
وفلان غائب لا يقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق

عليها

عليها وقد افتى بعض المتاخرين بقبول هذه البينة وانما
لا يقضي علي الغائب في صورة الشرط اذا كان الشرط يتضرر به الغائب
ويكون فيه ابطال حق الغائب اما اذا كان شرطا لا يتضمن ضررا
كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان كانت المراة
اقامت البينة ان فلانا دخل الدار وفلان غائب يقبل هذه
البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها وصح تحكيم الخصمين من صلح
قاضيا اي يشترط في الحكم اهلية القضاء في غير حد و [illegible]
تخصيص الحد والقود يدل علي جواز الت [illegible] ع المجتهدات
كالكنايات با [illegible] ح يمين بالطلاق المضاف
ونحوهما وتخصيص المجتهدات بالذكر ليس لنفي الحكم عما
عداها فان ما ليس للاجتهاد فيه مساغ كالثابت بالكتاب
او السنة المشهورة والاجماع لا شك في صحة التحكيم في ذلك
قد ذكر المجتهدات ليدل علي ان غيرها بالطريق الاولي واذا
صح التحكيم في جميع القضايا لا يفتي بذلك ويقال يحتاج الي حكم
المولي لان العوام يتجاسرون علي ذلك فيقل الاحتياج الي القاضي
ولزمهما اي الخصمين حكمه بالبينة او النكول والاقرار و
صح اخباره باقرار احدهما اي الخصمين وبعدالة شاهد

حال ولايته يعني لو قال المحكم لاحدهما قد اقررت عندي
لهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا
فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا
وانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشي او قامت البينة
عليه بشي لم يلتفت الي قوله لان اخباره حال ولايته قائم
مقام شهادة رجل كالقاضي المولي اذا قال في حال قضائه
لانسان قبضت عليك لهذا باقرارك او بينة قامت
عندي على كذا فانه يصدق في ذلك فلا يلتفت انكار المقضي
عليه وكذا ههنا الا ان يخرجه من الحكم او يعزله عنه قبل
ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق لانه
التحق بواحد من الرعايا فلا بد من الشاهد الاخر وكذا
لا يقبل اخباره بعد الحكم بانه حكم لانه اذا حكم انعزل فلا يقبل
اخباره ولكل واحد منهما ان يرجع عن ذلك قبل حكمه
لانه محكم من جهتها فتوقف حكمه على رضاهما فان رفع الي
قاض امضاه ان وافق مذهبه وان خالف ابطله وليس
حكم المحكم من حكم المولي في ان المختلف فيه يصير مجمعا عليه
لان المحكم له ولاية على المحكمين ولا ولاية على غيرهما اما القاضي

المولى فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة في حق الكل
فلا يكون للقاضي الاخر ان يرده اذا صادق محله بان المحكم
ولا ولاية على غيره اما القاضي المولي فله ولاية يكون فضلا
مجتهد فيه ولا يصح القضاء والحكم سواء كان الحاكم موليا
او محكما والشهادة لمن يكون بينهما اي بين الحاكم وبين
المحكوم له او بين الشاهد والمشهود له ولادا او زوجية
فبطل الحاكم والشهادة لابويه وولده وزوجته وزوجته
للتهمة بخلاف ما اذا حكم او شهد عليهم وصح الايصاء بلا
علم الوصي اي ان جعل رجلا وصيا بعد موته ولم يعلم
للوصي بذلك فباع شيئا من التركة بطريق الفضولي يجوز
بيعه لا يصح التوكيل حتى يعلم الوكيل فلو وكل رجلا بان يبيع
ولم يعلم الوكيل ذلك فباع لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية
استخلاف لان الوصي يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي
فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات
ولاية التصرف في ماله وليست باستخلاف وعن ابي يوسف انه
لا يصح بيع الوصي اصلا حتى يعلم وشرط خبر عدل او مستورين
بعزل الوكيل اي اذا عزل الموكل الوكيل فاخبره بذلك عدل

او مستوران يثبت العزل ولا يصح تصرفه بعد ذلك ولو اخبر
بالعزل فاسقان او مستوران لحال الاعتبار بذلك ولا يثبت
العزل وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما يقبل فيه خبر العدل
الفاسق والمستور والعبد والحر وعلى هذا اذا جني عبد خطأ
يشترط عند ابي حنيفة رح في علم السيد بجناية عبده خبر عدل
او مستورين فاذا باع السيد بعد ذلك عبده او اعتقه يكون
مختارا للفداء ولو اخبر فاسق او مستور لا يكون كذلك خلافا
لهما وكذلك في علم الشفيع بالبيع يشترط عنده خبر عدل
او مستورين وعندهما لا يشترط فلو اخبره واحد غير عدل
ببيع الدار وسكت لا تبطل شفعته عنده خلافا لهما وكذا في
علم البكر بالنكاح فان اخبر بالنكاح الولي اياها فان كان
المخبر واحدا غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده خلافا
لهما وكذا في علم مسلم اي من اسلم في دار الحرب ولم
يهاجر الينا فاخبر بما عليه من الفرائض بالشرائع ان كان
المخبر واحدا عدلا او مستورين لزمه الفرائض والشرائع حتى
لو ترك يلزمه قضاها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه
فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذي قلنا وقال شمس

الائمة

الائمة السرخسي رح الاصح عندي انه يلزمه القضاء هيهنا لان
من يخبره رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لا يشترط خبر عدل
او مستورين لصحة الوكيل فلو اخبره فاسق بان فلانا
وكله بالبيع فباع يجوز بيعه وقبل قول قاض عالم عدل
قال مالك قضيت على زيد بهذا اي بالرجم مثلا فارجمه او
بالقطع فاقطعه او بالضرب في الجلد فاضربه وقبل قول قاض
جاهل عدل ان استفسر فاحسن تفسيره وبين سببه بان يقول
في حد الزنا اي استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت
عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه يثبت عندي بالحجة انه
اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا
بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن غير
الدليل دليلا ولئلا لا يقبل قول قاض غيرهما اي غير عالم
عدل او عالم فاسق او جاهل فاسق لتهمة الخطاء والخيانة
فالحاصل ان القضاة اربعة عالم عدل ويجب قبول بقوله الظاهر
الامر وعدم تهمة الخطاء والخيانة وجاهل عدل فيستفسر فوجب
تصديقه وقبول قوله والا لا وجاهل فاسق وعالم فاسق ولا
يقبل قولهما لتهمة الخطاء والخيانة الا ان يعاين سبب الحكم والله اعلم

كتاب الشهادة

الشهادة هي في اللغة الاخبار بصحة الشي عن
مشاهد وعيان فمن هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي
تنبئ عن المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعني الحضور
لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا
واداءه شهادة وفي الشريعة اخبار بحق للغير على شخص اخر
مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة فقوله اخبار بحق
جنس يدخل فيه الاقرار والدعوي والشهادة فان الاقرار
اخبار بحق للغير على المخبر والدعوي اخبار بحق للمخبر على
الغير والانكار اخبار بحق لنفس المخبر والشهادة اخبار بحق لغيره
على غيره ولكن يشترط ان يكون في مجلس القضاء ولفظ الشهادة
فبهذا القيد فصل للشهادة ويجب اداء الشهادة بطلب المدعي
ولا يسع الشهادة كتمانها وسترها في الحدود افضل فان
الشاهد فيها مخير بين الستر والعيان لتردده بين حسبة
اقامة الحد وبين حسبة الستر لكن الستر افضل لقوله عليه
الصلوة واله وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان
خيرا لك ولكن يجب ان يشهد بالمال ويقول في السرقة
اخذ ولا يقول سرق احياء الحق المسروق منه ورعاية

لجانب الستر لئلا يجب الحد والشهادة على مراتب ونصابها الزنا
باربعة رجال لقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء الاية
وللقود وباقي الحدود غير حد الزنا رجلان ولا يقبل في الحدود
والقصاص شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة
من بعده
السنة من عند رسول الله صلى الله عليه واله وسلم والخليفتين
ان لا شهادة في النساء في الحدود والقصاص ونصابها للبكارة
والولادة وعيوب النساء فيما اي في موضع لا يطلع عليه الرجال
امراة واحدة وعند الشافعي لم يشترط الاربع وعند مالك
امراتان وان كان العيب في موضع يطلع عليه الرجال كالا
صبع الزائد مثلا لا تكفي شهادة امراة ونصابها بغيرها
من الحقوق سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق
والعتاق والايداع والوكالة والوصية والرجعة ونحو ذلك
شهادة
رجلان او رجل وامراتان وقال الشافعي لا تقبل
النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط
الخيار والاجارة والاعارة والكفالة ويشترط للكل اي جميع
من
ما تقدم العدالة وهي الانزجار عن محظورات دينه لان
ارتكب غير الكذب من المحظورات فقد ارتكب الكذب ايضا

وهو شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان
الفاسق اهل الولاية والقضاء والسلطنة والامامة والشهادة
عندنا فغير العدل يجب على القاضي ان لا يقبل شهادته اما لو
قبل وحكم به صح وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها
في الناس ذا مروة تقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل
ولفظ الشهادة لان النصوص وردت بهذه اللفظ فيتقيد بها
ولان فيها زيادة تاكيد لان فيها معنى الحلف فانه لو قال اشهد
ان افعل كذا يكون يمينا فلو لم تذكر لفظ الشهادة وقال اعلم او تيقن
لم تقبل شهادته ولا بد ان يسال القاضي في السر والعلانية
عن حال الشاهد في جميع الحقوق عندهما مطلقا سواء طعن
الخصم او لا وبه اي بقولهما يفتى في زماننا وعند ابي حنيفة لم
يقتصر القاضي على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشاهد
حتى يطعن المشهود عليه فان طعن فيهما سال عنهما في السر و
كما هما في العلانية الا في الحدود والقصاص فانه يسال في
العلانية ويكفي في السر فيهما بالاجماع طعن الخصم او لم طعن
ويكفي السوال والتزكية سرا في زماننا فان تزكية العلانية
بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يقابلون الجارح بالاذى وصورته

تزكية

تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه
كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه وحليته ومحلته وسوقه ان كان
سوقيا حتى يعرفه المزكي فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه
في كتاب القاضي اليه عدل ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك
تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك السر الا اذا عدله غيره
وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فح يصرح
بذلك ومن لا يعرفه الا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه
في كتاب القاضي مستور ويكفي واحد للتزكية علانية والاثنان
احوط في التزكية عند ابي حنيفة وابي يوسف لهما وقال محمد
لا يجوز الا الاثنان وهذا الخلاف في التزكية سرا واما في التزكية
علانية فالعدد شرط بالاجماع وكذا الخلاف في ترجمة
الشاهد والرسالة الى المزكي اي من ينقل قول المزكي الى القاضي
بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي فعند محمد لا يجوز الا الاثنان و
عندهما يكفي واحد لكن الاثنين احوط ولا يشترط الاشهاد الا
في الشهادة على الشهادة فيما يتحمله الشاهد على نوعين نوع
بلا اشهاد كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل فاذا
سمع الشاهد البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وسعه

ان يشهد ولا يشترط الاشهاد عليه لانه علم ما هو موجب بنفسه
عيانا وذا مطلق الاداء ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني
لئلا يكون كاذبا ونوع لا يثبت حكمه لنفسه كالشهادة على الشهادة
فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ عند القاضي لم يجز ان يشهد
على شهادته الا ان يشهده وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على
شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره
ولا يحل ان يشهد من راى خطه ولم يذكر شهادته لان الخط
يشبه فلعله كان خط غيره قيل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما
يحل له ان يشهد لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب
وان ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق
انا شهدنا نحن وانت لم تذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد
الشاهد بالتسامع الا في النسب والموت والنكاح والدخول
بامرأته وولاية القاضي اي كونه قاضيا فانه يسع للشاهد
ان يشهد بهذه الاشياء بالتسامع وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز الشهادة بالتسامع لان المطلق للشهادة هو العلم
وذا انما يحصل بالمعاينة وبالتواتر فصار كالبيع والهبة
وجه الاستحسان ان معاينة اسباب هذه الامور مختصة

بمعاين خاص بسبب الولادة لا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء
التقليد ولا يعاين ذلك الا الوزير ونحوه من الخواص وكذا النكاح
لا يحضره كل واحد وكذا الميت لا يعاينه كل واحد والدخول لا يقف
عليه احد الا بالامارة وان هذا وقف على كذا فالصحيح انه تقبل
الشهادة بالتسامع على اصل الوقف دون شرائطه فبيان المصرف
داخل في اصل الوقف قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني
لا بد من بيان الجهة بان يشهد وان هذا وقف على المسجد او
على المقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل
لا على شروطه مثل ان يشهد وانه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا
فيحل فيها الشهادة بالسامع اذا اخبر الشاهد بهذه الاشياء
رجلان او رجل وامرأتان وقيل يكتفي في الموت اخبار واحد
وواحدة لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضر غالبا
الا واحد وواحدة ويشهد من راى انسانا جالسا مجلس القضاء
ويدخل عليه الخصوم انه قاض وكذا يشهد راى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا واحدا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه
عملا بظاهر الحال ويشهد راى شيئا سوى الرقيق عبدا كان او امة
في يد انسان متصرف في ذلك الشئ كالملاك انه ذلك الشئ

ملكه لكن انقال واشتراط التصرف في ذلك الشيء قول بعض
مشايخنا وبه قال الشافعي رح وبعض مشايخنا لم يشترط ذلك
في الهداية والكافي ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة
وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على
الملك وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه
قالوا ويحتمل ان يكون قوله ان يقع في قلبه انه له تفسير
لاطلاق محمد رح في الرواية ثم المسئلة على اربعة اوجه ان عاين
المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه
وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازع ثم راه في يد
اخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد للاول با
الملك بناء على ان يده وان عاين الملك دون المالك بان عاين
ملكا محدودا ينسب الى فلان ابن فلان الفلاني وهو لا يعرف
بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملكه
هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد وان لم يعاين الملك ا
والمالك ولكن سمع من قالوا لفلان بن فلان في قرية
كذا ضيعة تحدودها وهو لم يعرف تلك الضيعة وان
لم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان عاين

المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع
ان له في قرية ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا
يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط
للشهادة اما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان
حل للرائي ان يشهد لذي اليد بالملك لان الرقيق لا يكون
في يد نفسه فيكون في يد المسئول عليه وان كان لا يعرف انهما
رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك
لان لا يد لهما فيثبت يد المولي عليهما حقيقة وصار كالثياب
والدواب وان كان كبيرين او صغيرين يعبران عن انفسهما
فكذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما حتى
اذا ادعى عبد انه حر الاصل كان القول له وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
ومحمد رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا فجعلوا اليد على
الملك دليلا على الملك في الكل لكن ينبغي ان يطلق اداء الشهادة
ولا يفسر حتى ان فسر وقال انا شاهد بالتسامع بحكم اليد شهادتي
بالتسامع او بحكم اليد شهادتي بالتسامع او بحكم اليد بطلت
شهادته ولا تقبل ومن شهد انه شهد اي حضر دفن زيدا
وصلى عليه قبلت شهادته فلو شهد ان زيدا مات وفسر

وفسر القاضي بذلك فيلت شهادته وهذا عيان لان معاينة
الموت لا يكون الا من واحد او اثنين فحضور الدفن والصلوة
بمنزلة المعاينة ولا يجري في ذلك التلبيس والله اعلم

في قبول الشهادة وعدمه وتقبل الشهادة من اهل الاهواء
وهي جمع الهوى مصدر هوي اذا احبه واشتهاه ثم سمي به الهوى
المشتهى محمودا كان او مذموما ثم غلب على المحمود فقيل فلان
اتبع هواه اذا اريد ذمه ومنه فلان من اهل الهواء لمن زاغ
عن طريق المثلي من اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقدا
اهل السنة كالجبرية والقدرية والحشوية والروفض و
الخوارج والمعطلة والمشبهة ومن سار بسيرتهم وقال الشافعي
لا تقبل شهادتهم الا الخطابية هم صنف من الروافض منسوب
الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب بن الاجدع وكان يزعم
ان عليا الاله الاكبر جعفر ابن محمد صادق الاله الاصغر فطرده
جعفر رضي الله عنه فادعى في نفسه انه اله وزعم ان جعفر اله
وابو الخطاب اعظم منه وهم يدينون بشهادة الزور لموافقهم
على مخالفيهم وقيل يعتقدون الشهادة ممن حلف عندهم
انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا وتقبل شهادة الذي

اذا كان عدلا في دينه على مثله وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادة
لهم على احد وان اختلفا الذمي ومثله ملة كالنصارى واليهود
فانهم صاروا من اهل دارنا فتقبل شهاده بعضهم على بعض و
على المستامن فالذمي يعتقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم
على المستامن فكذا شهادته عليه وعلى المستامن وتقبل شهادة
المستامن على المثله اذا كانا من اهل دار واحدة فانكانا من دارين
كالترك والروم لا تقبل لان الولاية فيما بينهم ينقطع باختلاف
المليتين ولهذا لا يجري بينهما التوارث وتقبل الشهادة من عدو
لمن يعاديه بسبب الدين والعدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه
وقيل يعرف ذلك بالعرف وتقبل الشهاده من اجتنب كل الكبائر
وان لم يصغيره ولكن لم يصر على الصغائر فمن ارتكب كبيرة او اصر
على صغيرة سقطت عدالته ثم قيل الكبيرة ما سمي فاحشة في الشرع كا
اللواطة والزنا او شرع عليها عقوبة بنص قاطع في الدنيا كالحد و
الوعيد بالنار في العقبى كالسرقة واكل مال اليتيم وما لم يسم فاحشة
في الشرع ولا شرع عليها عقوبة في احد الدارين كالقبلة والغمزة فهو
فهو صغيرة وقيل ما كان حراما بعينه فهو كبيرة وما كان حراما بغيره فهو
صغيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة

الله تعالى والذين فهو كبيرة والا فهو صغيرة وغلب صوابه اي
كانت حسناته اغلب من سيآته هذا هو الصحيح في تفسير العدالة
المعتبرة شرعا فالعدالة شرط لقبول الشهادة ووضع كون
الشاهد عدلا جاز ان لا تقبل شهادته لمانع مثل ان يكون اعمى
ومثل الاكل في الطريق والبول عليها كما يجيئ فما قيل لا بد من قيد
آخر في قبول الشهادة وهو ان يجتنب الافعال الخسيسة الدالة
على الدناءة كالاكل في الطريق ليس بسديد وتقبل شهادة الا
قلف هو الذي لم يختن وعن ابن عباس رضي الله عنه لا تقبل شهادته
وانما تقبل عندنا اذا تركه بعذر الكبر كخوف الهلاك فان
تركه على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين
لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا والخصي وولد الزنا لانه
جرى عليهما امر بلا اختيارهما فلا يخل بالعدالة والتمييز
وقال مالك رح لا تقبل شهادته وولد الزنا في الزنا والعمال
المراد عمال السلطان الذين ياخذون الحقوق الواجبة
كالخراج ونحوه يجوز وعند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق
قالوا هذا في عصرهم لان الغالب عليهم الصلاح واما الذين
في زماننا فلا تقبل شهادتهم بغلبة ظلمهم والحاصل انهم

ان كانوا عدولا تقبل شهادتهم والا لا وذكر شمس الائمة
السرخسي رح ان العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة ولا
يجازف في كلامه تقبل شهادته واما اذا كان ساقط المنزلة
عند الناس او مجازفا في كلامه لا تقبل شهادته وقيل المراد
بالعمال الامراء وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويواجرون
انفسهم ومن الناس من قال لا تقبل شهادة هولاء وانما
اورد هذه المسئلة لرد ذلك القائل لان كسبهم اطيب الكسب
فلا يوجد ذلك حرجا لا تقبل الشهادة من اعمى لانه محتاج
في تحمل الشهادة وادائها الى التمييز بين المشهود له والمشهود
عليه بالاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره
والة هذه التمييز البصر وقد عدم وقال مالك تقبل شهادته
وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح انه تقبل فيما يجري
فيه التسامع وقال ابو يوسف والشافعي رحهما اذا تحمل الشهادة
وهو بصير واداها وهو اعمى تقبل ولا من مملوك لان الشهادة
من باب الولاية لانه قول يلزم على الغير والمملوك ليس له
ولاية على نفسه فعلى غيره اولى ولو ادى حال الحرية وتحمل
قبلها تقبل شهادته وقال مالك رح شهادته مقبول ولا من

محدود في قذف وان تاب لان رد شهادته من تمام حده وقال
الشافعي رح تقبل اذا تاب الا من قذف وحد في حال كفره فاسلم ثم
تقبل شهادته لان هذه شهادة استفادها بالاسلام ولم يلحقها
رد فان هذه الشهادة لم تكن ثابتة زمان الحد والرد ولا من عدو
على من يعاديه بسبب الدنيا وتقبل شهادة العدو للعدو ولا
من سيد لعبده سواء كان عليه دين او لا لانه شهادة لنفسه من
كل وجه اذا لم يكن عليه دين او من وجه اذا كان عليه دين
ومكاتبه كما ذكرنا ولا من شريكه فيما يشتركانه ولو شهد بما
ليس من شركتهما تقبل لعدم التهمة ولا من مخنث يفعل الردي
مثل التشبه بالنساء والتمكين من الرجال فاما من في كلامه
لين وفي اعضائه تكسر ولم يشتهر بشي من الافعال الردية
فهو عدل مقبول الشهادة ولا من نائحة ومغنية لانهما ترتكبان محرما ولم يرد به التي تنوح في مصيبته بل التي تنوح
في مصيبة الناس ولا من مدمن الشرب على اللهو اطلق
الشرب على اللهو يتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر
وغيرهما والادمان شرط في الخمر ايضا وانما يشترط الادمان في
ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا

تبطل عدالته وان كان يشرب الخمر كثيرا وانما يبطل اذا ظهر ذلك
او يخرج سكران فيلعب منه الصبيان والمراد بالادمان على
ما في النية هو ان الشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك
كما وجده وشرط الادمان على السكر في سائر الاشربة وفي الخمر
الادمان على نفس الشرب ومن يلعب بالطيور لان الغالب انه
ينظر الى العورات فيصح وعنهما واذا فسق فاما اذا كان
يمسك الحمام في بيته للاستيناس ولا يطيرها فهو عدل
مقبول الشهادة او الطنبور لان اللعب حرام ويغني للناس
واذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ذلك ولكن يسمع نفسه لازالة
وحشته فيها فلا باس به لا يقال ان فيه تكرارا فقد ذكر
المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص بالمراة وهذا عام
ولان الاول في تغني المراة مطلقا لان رفع الصوت منها حرام
خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في التغني للناس او يرتكب
ما يجد به من الكبائر لانه فاسق او يدخل الحمام بلا ازار
لان كشف العورة حرام او ياكل الربوا وفي المبسوط ان يكون اكل
الربو مشهورا به لان قلما يمكنه التفادي عن الاسباب المفسدة
للعقد وكل ذلك ربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لانه كبيرة او

او تقوية الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج
بدون القمار او فوت الصلوة فليس بفسق مانع للشهادة لان
للاجتهاد فيه مساغا فعند الشافعي رح هو مباح واما من يلعب
بالنرد فهو مردود الشهادة بكل حال فعلم من هذا ان في النرد
لا يشترط المقامرة وفوت الصلوة ووقع التقييد بهما اتفاقا او يبول
على الطريق بين ايدي الناس او ياكل فيه ويظهر سب السلف
هو في اللغة جمع سالف وهو الماضي وفي الشرع اسم لكل من يقلد
مذهبه ويقتفي اثره كابي حنيفة واصحابه رح فانهم سلف واصحابه
وتابعون سلف لابي حنيفة واصحابه رح وانما لا تقبل شهادة
هو لان هذه الافعال يدل على قصور العقل والمروة ومن لم
يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب ولا تقبل شهادة على جرح مجرد
وهو ما يفسق الشاهد ولم يوجب حقا من حقوق الشرع او
العبد مثل هو فاسق او اكل ربوا او نما لا تقبل لان البينة انما
تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق
مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه
يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا
لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام والمشهود

لا

لا يثبت شهادة الفاسق ويمكنه ان يخبر القاضي بذلك سرا اذ
لا ضرورة على ملاء من الناس او مثل انه اي المدعي استاجرهم
اي الشهود لاداء الشهادة لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار
وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعي عليه اجنبي عنه
فاذا قيل ينبغي ان تقبل الشهود في الجرح المجرد لانه من معنى
التزكية علانية قلنا في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق
فيجب التعزير بهذه الاشاعة وكان يمكنهم ان يخبروا القاضي بحال
الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة الفاحشة
من غير ان يتثبتوا بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا وتقبل الشهادة
لو اقام المدعي البينة على اقرار المدعي بفسقهم لان الاقرار مما
يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الالزام لانه لا يرتفع بالتوبة
ولان الشاهد لم يشهد باظهار الفاحشة فلا يصير فاسقا وكذا
تقبل على الخصم عبيد لان الرق حق الله تعالى او شارب الخمر
ولم يتقادم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد
او قذفه والمقذوف يدعي لان فيه اثبات الحق وفيه الحقان
والمغلب فيه حق الله تعالى او شركاء المدعي بان شهدوا بمال
مشترك فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة

اواستاجرهم المدعي لاداء الشهادة او اعطاهم الاجرة لهامن
مال الذي كان في يده كانه خصمه في ذلك ثم يثبت الجرح بناء
عليه واقام المدعي عليه البينة علي اني صالحت الشهود او
دفعت اليهم كذا من المال لئلا يشهدوا علي بهذا الباطل فاذا
شهدوا فعليهم ان يردوا ذلك المال علي فانه تقبل ببينة المدعي
لان فيه ضرورة ليصل الي ماله حتي لو لم اعطاهم المال لم تقبل
لان فيه اظهار الفاحشة بلا ضرورة وشرط موافقة الشهادة
الدعوي لان الشهادة لاجل تصديق الدعوي فيجب ان يوافقها
كاتفاق الشاهدين لفظا ومعني عند ابي حنيفة رح المراد باتفا
قهما لفظا تطابق لفظهما علي افادة المعني بطريق الوضع لا
بطريق التضمن وعندهما لا يشترط اتفاقهما الا لفظا معني
بل يكفي اتفاقهما معني فترد الشهادة عند ابي حنيفة رح في الف
والفين اي ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين ترد وكذا
ان شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقتين او ثلث وعندهما
تقبل اذا ادعي المدعي الاكثر حتي ان ادعي الاقل يكون المدعي مكذبا
الشاهد الاكثر وان شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة
يثبت في الف والف ومائة الاقل وتقبل الشهادة عليه لان الشاهدين

اتفقا علي الاول وهو الف لفظا ومعني وهذا لانه ذكر المائة علي
سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فكانا كلمتين بخلاف
الالف والالفين فان الالفين كلمة واحدة عند دعوي الاكثر فان
قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالف ومائة
باطلة لان المدعي كذبه في الزيادة فلم يبق له الا شهادة واحد
فلم يقض به وكذا ان سكت عن دعوي الزيادة لم تقبل شهادة
ثبت لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولم يوجد حتي
لو وفق فقال كان اصل حقي الفا ومائة كما يشهد به ذلك
الشاهد لكني استوفيت مائة وابرأته عنها ولا يعلم بذلك
الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق وهذا ان قصد
المدعي المال وادعاه لا تقبل الشهادة ان قصد المدعي العقد
فان ادعي انه اشتري عبد فلان وشهد احدهما انه اشتراه
بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة والمقصود اثبات
العقد واذا اختلف الشهود به تعدد الحكم لقصور الحجة وكذا
اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي بين اقل المالين
او اكثرهما فقبلت الشهادة في عتق بمال ان ادعي من له يعني
اذا ادعي المولي وشهد اخر انه عتقه علي الف انه ومائة بتقبل

شهادة اعتق عبده علي الف ومائة وشهد شاهد انه علي
الف لان العتق تثبت باقرار المولي فبقيت الدعوي في الذي
فان ادعي المولي الاقل لا تقبل الشهادة بالاكثر وان ادعي
المولي الاكثر تقبل في الاقل وان ادعي المولي الاقل واذا ما ادعي
العبد ان المولي اعتقه وانكر المولي لا تقبل هذه الشهادة لان
المدعي لا يقصد اثبات المال مقصوده اثبات العقد وهو مختلف
بالعتق علي الحالف العتق علي الف ومائة وكذا قبلت الشهادة
في صلح عن قود ان ادعي من له المال يعني اذا ادعي ولي المقتول
انه صالح القاتل علي الف وشهد اخر انه صالحه علي الف ومائة
تقبل هذه الشهادة علي الاقل لان المقصود اثبات المال اما
اذا ادعي القاتل انه صالح ولي المقتول علي الف ومائة وانكر
ولي المقتول واختلف الشاهدان لا تقبل هذه الشهادة لان
المقصود اثبات عقد الصلح وكذا قبلت هذه في رهن ان
ادعي من له المال يعني ان ادعي المرتهن انه ارتهن هذه
الدار بالف ومائة وشهد شاهد انه ارتهنه بالف وشهد
اخر انه ارتهنه بالف ومائة تقبل هذه الشهادة لان المقصود
اثبات المال اما اذا ادعي الراهن لا تقبل وكذا قبلت الشهادة

في

في خلع ان ادعي من له المال يعني اذا ادعي الزوج انه مع امرأته
علي الف ومائة واختلف الشاهدان تقبل الشهادة علي الاقل واما
اذا ادعت المرأة لا تقبل كما ذكرنا والاجارة نظير بيع في اول المدة
يعني اذا ادعي الموجر او المستاجر في اول المدة الاجارة لان الاجارة
وقعت علي الف ومائة واختلف الشاهدان لا تقبل هذه الشهادة
لان المقصود اثبات العقد والاجارة نظير مال بعدها اي بعد
مضي المدة يعني اذا ادعي الموجر بعد مضي مدة الاجارة ان
الاجارة وقعت علي الف ومائة واختلف الشاهدان تقبل هذه
الشهادة لان المقصود اثبات المال لا العقد وفي الصور المذكورة
لو ادعي المدعي بالفين واختلف الشاهد في الالف والالفين
لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل ولو كانت الدعوي
في النكاح واختلف الشاهدان في المهر يثبت النكاح باقل
المالين يعني بالف عند ابي حنيفة رح استحسانا سواء كان الدعوي
من الزوج او من المرأة والمدعي يدعي الاقل والاكثر خلافا لهما
فعندهما لا يثبت النكاح وهو القياس لان مقصود من الجانبين
عقد النكاح والنكاح بالف غير النكاح بالف ومائة فبطلت الشهادة
كما في البيع وله ان المهر في النكاح تابع ومن حكم التبع ان لا يعتبر الاصل

الا ترى ان النكاح لا يبطل بنفي المهر ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف
باختلافه اذا اتفقا على ما هو الاصل وجب القضاء بالنكاح وبقي
المهر الا منفردا او جب القضاء باقل المالين كما في المال المنفرد وقيل
الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية فان كان المدعي هو
الزوج لا يقبل اجماعا لان غرضها قد يكون المال اما الزوج فلا
يقصد الا العقد والاصح ان الخلاف في الفصلين كما ذكرنا ولزم
الجر في الارث اي من ادعى دارا ارثا واقام بينة على انها كانت لابيه
لا يقضى له حتى يجر الشاهد الميراث الى المدعي بقوله مات
ابوه وتركه ميراثا له او مات ابوه وهو ملكه او في يده فانه لا
يثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت بثبت
الملك الموت ضرورة والشهادة باليد وقت الموت شهادة
بالملك لانها لا تخلف من ان تكون يد ملك او غصب او امانة
فان كانت يد ملك فظاهر وكذا ان كانت يد غصب لانها تقيس
يد ملك بالضمان لان بالموت يتقرر الضمان ويصير المضمون
ملكا له وان كانت يد امانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت
يد ملك ايضا وقال ابو يوسف رح لا يلزم الجر ولا انتقال لقبول
البينة فانتقال الشاهد كانت الدار لابيه لكن اودعه او اعاره

من يده جاز ذلك بلا جر اتفاقا اما عند ابي يوسف رح فلعدم
اشتراطه واما عندهما فلان يد المودع والمستعير كيد المودع والمعير
فصار كان الشاهد قال مات ابوه والدار في يده وتقبل الشهادة
الشهادة على الشهادة في كل حق لان الاصل قد يعجز عن ادائه
لموته او لسفره وغيبته فلو لم تقبل شهادة الفروع لتعطلت
حقوق الناس وكما يجوز في درجة يجوز في درجات حتى
يجوز الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا في حد وقود
لان في الشهادة على الشهادة شبهة من حيث البدلية
فلا تقبل فيما يندرئ في الشبهات كالحدود والقصاص
كما لا تقبل شهادة النساء مع الرجال وشرطها اي للشهادة
على الشهادة تعذر حضور الاصل مجلس القاضي بموت او مرض
او سفر وعن ابي يوسف رح انه لم يجعل السفر بل يكفي مسافة
لو غدا الى القاضي لاداء الشهادة لم يستطع ان يبيت باهله
وشرط بينهما شهادة عدد عن كل اصل لا تقبل شهادة رجل
واحد على رجل خلافا لمالك رح لا يشترط تغاير فرعي ذلك بزاو
الشاهد فان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا
وقال الشافعي رح لا يجوز الا الا اربع على كل اصل فرعان وصفة الا

شهادة ان يقول شاهد الاصل شاهد الفرع اشهد على
شهادتي اني اشهد بكذا ويقول شاهد الفرع عند الاداء
اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال لي اشهد
على شهادتي بذلك ففي شهادة الاصل ثلث شينات وفي الفرع
خمس شينات ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الاصل اشهد
بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي وفيه
خمس شينات ويقول الفرع اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا و
اشهدني على شهادتي بذلك ويقول فيه ثمان شينات ولها
لفظ اقصر وهو امرين ان اشهد على شهادته بذلك وفيه
ثمانية شينات وهي ان الاصل اشهد بشهادتي بكذا وفيه شينات
ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه الصاشينات
من غير احتياج الى زيادة شيء وكان يفتي شمس الائمة به
وصح تعديل شهود الفرع شهود الاصل وكذا اذا شهدنا
هذا ان صح تزكية احد الشاهدين الاخر لان الشاهد من اهل
التزكية وانكار شهود الاصل الشهادة بان قالوا ما لنا شهادة
في هذه الحالة وماتوا او غابوا ثم جاء الفرع يشهدون
على شهادتهم بهذه الحادثه يبطل شهادة شهود الفرع و اما

مع حضور شهود الاصل لا يلتفت الى شهادة الفرع وان لم ينكر
شهود الاصل ومن اقر انه شهد زورا شهر اعلم ان شاهد
الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته او لم يتصل فانه
ارتكب كبيرة يلحق ضررها بالمسلمين لانهم اختلفوا في كيفية
تعزير فقال ابو حنيفة رح تعزيره تشهيره فقط ولم يعزره بالضرب
والحبس وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي رح لانه روي
عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا
وسخم وجهه وله ان شريحا كان يشهره ولا يضرب فيبعثه الى
سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع
ما كانوا ويقول انا وجدناه شاهد زور فاحذروه وحذروه
الناس وشريح كان قاضيا من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر
عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا احتجاجا منه با
الاجماع الصحابة لا بتقليد الشريح وشاهد زور يعلم باقراره
على نفسه بالكذب متعمدا كما يقول كذب فيما متعمدا او بان
يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود عليه بقتله حيا او بغير ذلك

فصل

في الرجوع عن الشهادة لا رجوع عنها الا عند قاض
فالرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور او رجعت عما

شهدت به وشرط جوازه ان يكون عند القاضي لانه فسخ للشهادة
فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي
وحكمه وجوب التعزير كما ذكرنا والضمان مع التعزير كما يجيء
فان رجعا عنها اي عن شهادتهما قبل الحكم سقطت شهادتهما
وان لم يضمنا شيئا وان حكم بشهادتهما ثم رجعا بعده لم
يفسخ الحكم لان الكلام الثاني مثل الاول في الدلالة علي الصدق
وقد ظهر رجحان الاول لاتصال القضاء به وضمنا للمشهود
عليه ما اتلفاه بها اي شهادتهما وقال الشافعي رح لا يضمنان
اذ لا اعتبار للسبب عند وجود المباشرة وحكم القاضي قلنا لا
يمكن ايجاب الضمان علي المباشر وهو القاضي وان حصل الاتلاف
بقضائه لانه بمنزلة الملجا من جهتهما الي القضاء لانه وجب عليه
القضاء شرعا حتي لو امتنع منه ياثم ويعزل ويعزر وانما
يضمنان اذا قبض المدعي مدعاه حتي ان قبض القاضي ولم
يقبض المدعي لا يجب بل يتوقف الضمان علي القبض وان رجع
احدهما ضمن النصف والاصل ان العبرة في هذا للباقي لا للراجع
فان شهد ثلثه ورجع احد ثلثه لم يضمن الراجع شيئا لانه
بقي من بقي شهادته كالحق فان رجع اخر ضمنا نصفا لانه

بقي نصف نصاب الشهادة فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني
فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف مضاف الي المجموع الا
ان رجوع الاول لم يظهر لمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني
ظهر ان التلف بهما وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا
اي الرجل والنساء فعلي الرجل سدس المال وعليهن خمسة ا
سداسه عند ابي حنيفة رح ونصف عندهما وعلي النساء نصف
لان النساء وان كثرن في الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد
ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع انضمام رجل فكان الثابت
شهادته نصف المال وله ان كل امراتين في الشهادة تقومان
مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال فصار كما
شهد بذلك ستة رجال ثم رجع خمسة وان رجعن اي
نساء كلهن فقط دون الرجال فعليهن نصف المال كما لو
شهد ستة رجال ثم رجع خمسة وضمن الفروع فقط ان رجع
هو والاصل جميعا لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة
في مجلس القاضي واذا وجد من الفروع فيجب الضمان عليهم
عند الرجوع وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح
المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الا

صولا وضمن المزكي ان رجع عن التزكية عند ابي حنيفة لان
الحكم يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة
والعدالة انما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة
وعندهما لم يضمن لانه اثنى على الشاهد خيرا لا شاهد لا
الاحصان بعد الحكم بالرجم اي اذا شهدوا على الزنا وشهد
الشهود على احصان الزاني ثم رجع شهود الاحصان لم يضمن
الا ان الاحصان شرط محض لا يضاف الحكم اليه وعن زفر يضمن
شهود الاحصان اذا رجعوا وضمن شهود اليمين لا شاهد
الشرط اذا رجعوا اي اذا شهد شاهدان انه قال لعبده اذا دخلت
الدار فانت حر وشهد اخران بوجود الشرط اي الدخول وحكم
بالعتق ثم رجع ضمن شاهد اليمين قيمة العبد لا شاهد الشرط
لان شهود اليمين شهود علة الاقرار هو اخبار
بحق لاخر عليه وليس باثبات للحق وحكمه ظهور المقر به
لا ثبوته وانشاؤه ابتداء ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له
يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه من كرهه فيما بينه
وبين الله تعالى الا ان يسلم المال بطيب من نفسه فيكون
تمليكا مبتدا منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق

وقبول ويبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده والا
قرار ملزم على المقر ما اقر به وصح الاقرار بالخمر للمسلم ولا
يصح تمليك الخمر اياه ولا يصح الاقرار بطلاق او عتق مكرها
ولو كان انشاء يصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا
فلو اقر حر مكلف اي عاقل بالغ بحق صح قيد بالحر ليصح اقراره
مطلقا اذ العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال وان كان يصح اقراره
بالحدود والقصاص والعبد الماذون اذا اقر بدين لزم عجل
او بوديعة او عارية او غصب يصح لانه ملحق بالاحرار في
حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته
ولو كان المقر به مجهولا كما يصح الاقرار بالمعلوم يصح بالمجهول
لان الحق قد يكون مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او
يخرج جراحة لا يعلم ارشه او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط
علمه به بخلاف الجهالة في المقر به اذا كانت متفاحشة
بانتقال هذا العبد لواحد من الناس فانما يمتنع صحة الاقرار
فاما ان لم يكن متفاحشة بان اقر انه غصب هذا العبد من هذا
فانه يصح هذا الاقرار على الاصح لانه يفيد تاييد وصول الحق
الى المستحق وطريق الوصول اذا اجتمعا على اخذه فلهما حق

اخذ وكذا جهالة المقر تمنع صحة الاقرار كما يقال الرجل لك علي
احد بالف درهم ولزمه اي المقر بالمجهول بيانه لان التجهيل
من جهته فلزمه البيان بماله قيمة لان وصفه بالوجوب في
الذمة والقول بما لا قيمة له لا يضيف بالوجوب في الذمة و
القول له اي للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه اي مما
بين ولا يصدق المقر في اقل من درهم في قوله له علي مال
اي لو قال لفلان علي مال فالقول له في القدر ويقبل قبوله
في القليل والكثير لان الكل مال الا انه لا يصدق اقل من درهم لانه
لا يعد مالا عادة ولا يصدق المقر في اقل من النصاب اي عشرين
دينارا او مائتي درهم في قوله علي مال عظيم من ذهب او فضة
لان النصاب مال عظيم حتى صار صاحبه به غنيا وهذا قول
ابيوسف ومحمد رحمهما ورواية عن ابيحنيفة رح وعنه انه اذا قال
من فضة يصدق في عشرة دراهم ولا يصدق المقر في اقل من
خمس وعشرين ابلا في قوله لفلان علي مال عظيم من الابل
لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وكان ينبغي ان يقدر فيه
بخمس من الابل لانه يجب فيه شاة لكن الخمس مال عظيم من وجه
حتى وجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا يجب فيه من

جنسه فاعتبر ما ذكرنا ليكونا عظيما مطلقا ولا يصدق في اقل
من قدر النصاب قيمة في اقرار بمال عظيم من غير مال الزكوة
كالحنطة مثلا لو قال له علي دراهم فهي ثلثة لانه ادنى الجمع
ولا غاية لاقصائه ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة
عند ابيحنيفة رح وعندهما لم يصدق من مائتي درهم ولو قال
كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم كذا ذكر في الهداية
وذكر في التتمة وفي فتاوى قاضيخان لو قال كذا دينارا ان لان
كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو قال كذا كذا درهما
فهو احد عشر لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين
ليس بينهما حرف العطف احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما
مع واو فهو احد وعشرون لان اقل عددين يذكران بالواو
احد وعشرون ولو ثلث وقال كذا كذا كذا بلا واو فاحد عشر
حملا للواحد منها على التكرار الا انه نظر للثلاثة بالواو والا
قرب منه اثنان بلا واو اعني احد عشر ولو ثلثه وقال كذا
وكذا وكذا مع واو فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر
عن ثلثة اعداد مع العطف وان ربع زيد عليها الف لان ذلك
نظيره ولو قال له علي اعداد قبلي كذا فهو اقرار بدين لان علي

لايجاب ولا الزام وقبلي منبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن
فلان اي ضمن ولو قال المقر في قوله علي وقبلي هو وديعة
صدق ان وصل به قوله هو وديعة وان فصل لا يصدق لان ظاهر
قوله الاقرار بالدين وقوله هو وديعة تغيير له لكن اللفظ
يحتمله مجازا لان الحفظ في الوديعة مضمون عليه والمال محل الحفظ
فقد ذكر المحل واراد ما يحله فكانه قال علي او قبلي حفظ كذا فيصدق
موصولا لا مفصولا ولو قال عندي كذا او معي ونحوه مثل في بيتي
او في صندوق او في كيسي فهو امانة لان كل ذلك اقرار بكون
الشيء في يده وذا يكون امانة ويكون مضمونا والامانة اقلهما
وقوله المدعي الالف لو قال له رجل لي عليك الف فقال له
اتزنها او قضيتكها ونحوهما مثل اجلني بها او انتقدها او ابر
ئني منها او تصدقت بها علي او وهبتها او احلتك بها
على زيد فهو اقرار لان الكناية ينصرف الي الالف المذكور وهو
الموصوف بالوجوب فكانه قال اتزن الالف الواجب لك علي
ولو لم يذكر الكناية بان قال اتزن ونحوه لا يكون اقرارا لانه ليس
فيه دليل يحيل انصرافه الي المذكور وان قال له علي مائة ودرهم
او قال مائة وثلثه اثواب لزمه كلها دراهم في الاول وا

ثيابي وقال

ثيابي وقال الشافعي يلزمه المائة مبهمة والدراهم معطوف عليه
بالواو فيجب تفسير المائة وهو القياس ولنا ان قوله ودرهم
بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم واكتفوا
بذكره مرة الا ترى انهم يقولون احد وعشرون درهما او يقال
بعتك هذا بمائة ودرهم وهذا مما يكثر استعماله ولزمه كلها
ثيابا في الثاني لانه ذكر عددين مبهمين اعني مائة وثلثة و
اعقبها تفسيرا ما يصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة اي
التفسير ولا يقال الاثواب لا يصلح تمييز المائة لانها لما اشتريت
بالثلثة صار كعدد واحد وفي قوله علي مائة وثوب او وثوبان
لزمه ثوب واحد في الاول وثوبان في الثاني ويجب ان يفسر
المائة في الوجهين لانها مبهمة وثوب او ثوبان لا يصلح تفسيرا
لها لان الثوب من المعدودات بخلاف قوله مائة ودرهم فان
الدراهم يصلح تفسيرا للمائة الفرق ان المقدرات كالمكيلات
والموزونات يثبت دينا في الذمة كثيرا كما في السلم والقرض
والثمن وكذا في جميع المعاملات فيكثر استعمالها بكثرة اسباب
وجودها فاستثقلوا تكرارها فاكتفوا بذكرها مرة كما
ذكرنا بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها

في الذمة لان الثياب لا يثبت في الذمة الا في السلم والنكاح
وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة اي لا يكون تفسيرا والاقرار بدابة
في اصطبل يلزمهما اي يلزم الاقرار بالدابة فقط وهو على قياس
قوله محمد رح يلزم الدابة والاصطبل لان الاصطبل مضمون
عنده بالغصب وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما غير مضمون ومثل
الطعام في البيت وسيف اي الاقرار بسيف يلزمه جفنه
اي غمده وحمايله ونصله فهذا من باب العطف على معمولي
عاملين مختلفين والمجرور مقدم وصح اقراره بالحمل اي ان اقر
بحمل امة او شاة لرجل صح اقراره لان له وجها صحيحا بان اوصى
رجل بالحمل لرجل ومات فاقر وارثه بان هذا الحمل لفلان
وصح اقراره وله اي الحمل ان بين سببا صالحا وهذا على ثلثة
اوجه احدها ان يبين سببا صالحا بان قال اوصى له فلان
او مات ابوه فورثه فاستهلكه فهذا الاقرار صحيح فان ولدت
في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار بان وضعه لاقل
من نصف حول قد مات الموصي والمورث فله اي للحمل
ما اقر وان ولدته الاكثر من نصف حوله لا يستحقا شيئا فان
ولدت ميتا فالمال هو على ورثة الموصي والمورث وثانيها

ان يبين سببا مستحيلا بان يقول اقرضني الف درهم
او باع شيئا بالف درهم فهذا الاقرار باطل ولا يلزمه شيء
وثالثها ان يبهم الاقرار فانه لم يصح عند ابي يوسف رح وعند
محمد رح يصح الاقرار ويحمل على السبب الصالح وان اقر فقد
يشترط الخيار كما اذا قال لفلان علي الف درهم على اني
بالخيار ثلثة ايام صح الاقرار وبطل شرطه لان الاقرار
اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار واستثناء كيلي
ووزني او عددي متقارب من دراهم بان قال له علي
الف درهم الا دينارا او قفيز حنطة او الا فلسا صح
قيمته فلزم المقر الف درهم الا قيمة الدينار او قيمة
قفيز الحنطة او الفلس وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وهو
استحسانا والقياس ان لا يصح الاستثناء لعدم المجانسة
وهو قول محمد وزفر رح وجه الاستحسان ان المجانسة
من وجه ثابتة لان المقدرات جنس واحد معنى لانها
مثبتة في الذمة والعدديات التي لا يتفاوت كالمقدرات
في ذلك بخلاف ما لو استثنى الشاة او الثوب فانه لا يصح
هذه الاستثناء عندنا وقال الشافعي رح يصح لا يصح استثناء

التابع كالبناء والفص والنخل بان قال هذه الدار لفلان
الا بناءها او هذا الخاتم لفلان الا فصه وهذا البستان لفلان
الا نخله لان الاستثناء انما يكون مما يتناوله الحكم نصا
كما قال هذه الامة لفلان الا طوقها ودين صحته مطلقا
اي سواء علم سببه كما اذا استقرض مالا وعاين الشهود او علم
بالاقرار ودين مرضه اي مرض الموت بسبب فيه اي في مرضه
وعلم دين المرض معاينة القاضي او بمعاينة الشهود بلا
اقرار كما اذا اشترى شيئا في مرضه وعاين الشهود او تزوج
امراة بمهر مثلها او استاجر بمعاينة الشهود سواء
خبر لقوله دين صحته وقدما اي دين الصحة ودين
المرض المعلوم سببه على ما اي على دين اقر به في مرضه
ولم يعلم سببه وقال الشافعي رح هذا يساوي الاولين لا
ستواء السبب وهو الاقرار ولنا ان اقر المريض وقع بما تعلق
به حق الورثة والغرماء وحتى لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان
الدين محيطا وفيما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين لتعلق
حق الوارث بماله وقدم الكل اي كل الديون الثلثة وهي دين
الصحة ودين المرض الذي علم بمجرد الاقرار على الارث وان

شمل جميع ماله لان اقرار المريض صحيح وانما يرد لحق
غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته ولا يصح
ان يختص المريض غريما دون غريم بقضاء دينه لان
حق الكل في التعلق بماله على السواء وعند الشافعي رح يصح
تخصيص البعض ولا يصح اقراره لوارثه بدين او عين
الا ان يصدقه فيه البقية اي بقية الورثة وقال الشافعي رح
في احد قوليه يصح وقيل معني قوله الا ان يصدقه البقية
اي بقية الغرماء في الدين وبقية الورثة في الاقرار للوارث
وهو خلاف الظاهر وخلاف ما جرح به في الهداية
والكافي فيبطل الاقرار ان اقر لاجنبي ثم ادعى بنوته وقال
انه ابني بعده اي بعد الاقرار لانه ظهر انه اقرار للوارث
لا ان يبطل الاقرار لاجنبية ثم نكح الاجنبية وعند
زفر رح يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه لمن اقر
ليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده
بخلاف المسئلة الاولى لان دعوته النسب يستند الى
زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان اقراره فلا
يصح ولو اقر المريض ببنوة غلام جهل نسبه وليس له

نسب معروف وهما في السن بحيث يولد مثله اي مثل الغلام
بمثله اي المقر وصدقه الغلام هذا اذا كان الغلام ممن
يعبر عن نفسه اما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر
تصديقه ثبت نسبه اي نسب الغلام من المقر وشارك
الورثة في الميراث لان النسب من حوائج الاصل فلما ثبت نسبه صار
كالوارث المعروف وشرط ان يكون له نسب معروف لان
ذلك يمنع ثبوت نسبه من غيره وان يولد مثله لمثله لان
الا لا يكون مكذبا ظاهرا فاقرت المراة بالولد بان لم تكن
ذات زوج يثبت النسب منها بقولها وان كانت ذات زوج
شرط تصديق الزوج لان فيه تحميل النسب على الزوج والنسب
منه فلا يلزم بلا التزامه او شاهدة قابلة في اقرارها بالولد
فان سبب النسب من المراة الولادة ويمكن ان تقف عليها القابلة
او غيرها ولذا قيد ذكر القابلة خرج مخرج العادة ولو اقر بنسب
من غير ولاد كاخ او عم او ابن ابن لا يصح اقراره في النسب
لانه حمل النسب على الغير ولكن يرث المقر له من المقر الميت
الا ان يكون مع وارث اخر معروف قريب او بعيد فانه
احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وللمقر عمة او خالة

فالارث للعمة والخالة لانه لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث
المعروف ومن مات ابوه واقر باخ لم يثبت نسب اخيه من
ابيه لان فيه حمل النسب على الاب وابوه ميت فلا يمكن تصديقه
ولكن شاركه اي شارك الاخ المقر في الارث لان مقتضى اقراره
شيئان حمل النسب على الغير ولا بد له فيه وشركة في الارث وله فيه
ولاية فتثبت الشركة في الارث بلا ثبوت نسب من الاب ولو
اقر احد ابني انسان ميت له اي للميت على اخر دين يقبض
ابنه الميت نصفه اي نصف الدين وكذبه الابن الاخر فلا
شيء له اي للمقر والنصف من الدين الاخر اي للابن الاخر
الذي لم يقر لان اقرار المقر ينصرف الى نصيبه
الدعوى هي لغة قيل قوله يقصد به الانسان ايجاب حق على
غيره وهذا معنى قوله اخبار بحق له على غيره وقيل عبارة عن
اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة والمسالمة يقال ادعى
زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى
والمدعى به خطا ولغو المصدر الادعاء والدعاء والدعوى
اسم منه والفقهاء للتانيث يقال دعوى صحيحة او باطلة
وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واما

واما شرعا فيراد به اضافة الشي الي نفسه في حالة مخصوصة وهي
حالة المنازعة والخصومة ولهذا قال والمدعي شرعا من لا يجبر علي
الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر علي الخصومة وقيل المدعي
من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعي عليه من يكون مستحقا
بقوله بلا حجة كذي اليد وقال محمد رح المدعي عليه هو المنكر
والاخر هو المدعي وهذا صحيح لكن الشان في معرفة والترجيح
بالفقه عند الحذاق اذ المعتبر هو المعني دون الصورة حتي
ان المودع اذا ادعي رد الوديعة فهو مدعي في الظاهر لكن
في المعني منكر لوجوب الضمان ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعي
الرد لا يلزمه رد ولا ضمان وهي اي الدعوي انما تصح بذكر
الشي علم جنسه بان يدعي ذهبا او فضة او حنطة او شعيرا
وقدره بان يقول كذا دينارا او درهما وكذا حنطة او شعيرا
وهذا في دعوي الدين وينبغي ان يذكر النوع والصفة ايضا
ففي الذخيرة ان كان المدعي مكيلا فانما تصح الدعوي اذا ذكر
المدعي جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعها
الفاسقية او برية خريفية او ربيعة ويذكر مع ذلك
وصفها انها جيدة او ردية ويذكر قدرها بالكيل فيقول

كذا

كذا قفيزا او يذكر بقفيزين كذا لان القفيزان يتفاوت في ذاتها
ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين يختلف باختلاف
اسبابها فانه كان بسبب السلم يحتاج فيه الي بيان مكان الا
يفاء لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من ثمن مبيع
يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء
وانما تصح دعوي العين بذكر انه في يد المدعي عليه لانه انما
يصير خصما بكونه في يده وفي المنقول يجب ان يزيد ويقول
بغير حق فان الشي قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن
في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لاجل الثمن الا ان هذه
العلة تشتمل العقار فينبغي ان يقول فيه ايضا بغير حق
وفي العقار لا تثبت اليد الا بحجة او علم القاضي هو الصحيح
لاحتمال ان يكون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا علي
ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه معاين وعند بعض
المشايخ يكفي تصديق المدعي عليه ان العقار في يده و
المطالبة به اي انما تصح الدعوي بمطالبة المدعي من المدعي
عليه المدعي فهو عطف علي قوله بذكر شي وباحضاره
اي باحضار المدعي ان امكن احضاره بان كان عينا منقولا

ليشير اليه المدعي والشاهد والحالف لان الاعلام باقصى
ما يمكن شرط وذا في المنقول بالاشارة حتي قالوا في المنقول
الذي تعذر نقله كالرحي ونحوه حضر القاضي عنده او بعث
امينا او ذكر قيمته ان تعذر احضاره فانه لما تعذر مشاهدة
عينه يجب ذكر قيمته ليصير المدعي معلوما وفي الذخيره
انو قعت الدعوي في عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى
انه غصب منه ثوبا لا يدري انه قائم او هالك فان بين
الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة وبينة مقبولة
فان لم يبين القيمة اشار في عامة الكتب الي انها مسموعة
لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة
لتضرر به وقال الامام فخر الاسلام اذا كانت المسئلة مختلفا
فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة فاذا كلفه
ولم يبين يسمع واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط
من الشاهد بالطريق الاولي وذكر الحدود الاربعة او
الثلثه في العقار وكما يشترط التحديد في الدعوي يشترط
في الشهادة وذكر الثلاثة من الحدود يكتفي به عندنا خلافا
لزفر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة فانه لا يقبل وذكر اسماء

اصحابها

اصحابها اي اصحاب الحدود ونسبهم الي الجد لا تمام
التعريف به فان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره وفي الدار
لا بد من التحديد وان كان مشهورة عند ابي حنيفة رح وعندهما
لا يشترط واذا صحت الدعوي سال القاضي الخصم اي المدعى
عليه عنها فان اقر قضى عليه واطلاق لفظ القضاء توسع
لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف علي القضاء وكان الحكم
من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف
البينة لانها انما يصير حجة باتصال القضاء بها وان انكر وسال
القاضي المدعي بينة علي دعواه فاقام البينة قضي عليه
بها وان لم يقم حلفه ان طلبه اي التحليف خصمه المدعي
لان اليمين حقه فان المدعي عليه اتوي حقه بانكاره
فشرع الاستحلاف حتي لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة
اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع ولا ينال المدعي
الثواب بذكر اسم الله تعالي علي سبيل التعظيم صادقا فان
نكل المدعي عليه من اليمين مرة وقال لا احلف علي المدعي
او سكت بلا افة من صمم او خرس وقضى القاضي بالنكول صح عندنا وعند الشافعي رح لا يقضي بل يرد اليمين علي

المدعي كما سيجي وعرض القاضي اليمين علي المدعي عليه ثلثا
فيقول له اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا
قضيت ثم اذا كرر العرض ثلاثا فالقضاء بالنكول احوط
والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله والجمهور علي انه للاحتياط حتي لو قضي بالنكول
مرة نفذ قضاؤه في الصحيح كما ذكرنا ولابد ان يكون النكول في
مجلس القضاء وهل يشترط القضاء علي فور النكول فيه اختلاف
ولا يرد اليمين علي المدعي وان نكل خصمه اي اذا قال المدعي عليه
انا احلف لا يحلف المدعي اتفاقا وان قال لا احلف ونكل
لا يرد اليمين علي المدعي عندنا وعند الشافعي رحمه الله اذا لم يكن
للمدعي بينة اصلا ونكل المدعي عليه يرد اليمين علي المدعي
فان حلف قضي به والا فلا وكذا اذا اقام المدعي شاهدا او
احدا او عجز عن اقامة شاهد اخر فانه يرد اليمين عليه فان
يحلف حلف قضي له بما ادعي وان نكل لا يقضي له بشي ولا في
نكاح بان ادعي رجل علي امراة او هي عليه نكاحا والاخر
منكر فانه لا يحلف الرجل ولا المراة ورجعة بان ادعت عليه
او هو عليها بعد انقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكر الاخر

وفي ايلاء بان ادعي زوج المولي عليها او هي عليه
بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكر
الاخر واستيلاد بان ادعت امة علي سيدها انها
ولدت منه هذا الولد او ولدا قد مات وانكر المولي
ولا يتصور في هذه المسئلة الجانب الاخر اذ لو ادعي
المولي يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها ورق
بان ادعي علي مجهول النسب انه عبده وانكر الاخر ونسب
بان ادعي مجهول النسب انه ابنه او هو وانكر الاخر لم يذكر
المصنف هذه المسئلة في شرح الوقاية مع انه مذكور في المتن
فكانه غفل عنها وولاء سواء كان ولاء عتاقة بان ادعي علي
معروف النسب انه معتقه ومولاه او ادعي المعروف عليه
ذلك وانكر الاخر او ولاء موالات بان ادعي رجل مجهول النسب
انه مولاه ولاء موالات او ادعي المجهول عليه ذلك وانكر
الاخر فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف في هذه المسائل السبع وعند
هما فيستحلف واذا نكل يقضي بالنكول لان النكول اقرار
لان الحلف واجب علي تقدير صدقه في انكاره واذا امتنع
عن الحلف علم انه غير صادق في الانكار واذا كان النكول

اقرار او الاقرار يجري في هذه الامور فيحلف حتى اذا نكل يقضي
بالنكول ولابي حنيفة رح ان النكول بذل لان المراد كثيرا ما يحترز
عن اليمين الصادق فيبذل شيئا ولا يحلف واذا امكن حمله
على البذل لا يثبت الاقرار بالشك فيحمل على البذل والبذل لا
يجري في هذه الاشياء وقد قيل وليس يستحلف في النكاح والفئ
والرجعة للاصلاح والرق والولاء والاولاد وفي جحود المرا
الاستيلاد قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير الفتوى
على قولهما وقيل ان ينبغي ان ينظر في حال المدعي فان راه
متعنتا يحلفه اخذا بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا
بقوله ولا يحلف في حد بان ادعى رجل على اخر انك قذفتني
بالزنا وعليك الحد وانكر الاخر لا يستحلف بالاجماع ولعان
بان ادعت المراة على زوجها انه قذفها فانا موجبا اللعان
وانكر الزوج لا يستحلف بالاجماع الا اذا ادعى في النكاح
والنسب مال كمهر ونفقة وارث اي اذا ادعت المراة
النكاح وطلبت المال كالمهر او النفقة فانكر الزوج يحلف
فان نكل يلزم المال ولا يثبت الحل عند ابي حنيفة رح وكذا اذا ادعى
رجل هو ضمن مثلا على رجل انه اخ المدعى عليه وطلب ان يفرض

القاضي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعي
اخاه فانه يستحلف المدعى عليه ولكن ان نكل ثبت ما ادعى من
المال لا النسب وكذا اذا ادعى المدعي انه اخ المدعى عليه وان ابا
هما مات وترك مالا في يد مدعى عليه وانكر مدعى عليه فانه
يستحلف وان نكل ثبت الارث لا النسب وقوله كمهر خاص ما
النكاح وقوله ونفقة مشترك بين النكاح والنسب وقوله
وارث خاص بالنسب وحلف السارق ان انكر وضمن المال
ان نكل ولكن لم يقطع لانه في السرقة يدعي المال والحد والمال
يثبت بالنكول لا الحد وحلف الزوج اذا ادعت المراة طلاقا
قبل الدخول او بعده فيثبت ان نكل نصف المهر في الطلاق
قبل الدخول او كله في الطلاق بعد الدخول في قولهم جميعا
لان الاستحلاف يجري في الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان
المقصود المال وكذا اذا ادعى القود فانكر المدعى عليه حلف
منكر القود اجماعا فان نكل في النفس لم يقتص بقتل ولا
دية بل حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
يلزم الدية وان نكل فيما دونها اي دون النفس يقتص منه
عند ابي حنيفة رح لان الاطراف يستوفى بالنكول كالاموال

لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية
للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا ترى انه لو قال اقطع يدي
فقطعه لا يضمن شيئا وعندهما يلزم الارش فيما دون النفس
ايضا فان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت القصاص بل
يلزم المال وان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب
حلف الخصم لا يحلف عند ابي حنيفة رح ولو قال لا بينة لي او شهودي
غيب يحلف ويكفل بنفسه اي يقال للمدعى عليه اعط كفيلا
ثلثة ايام لئلا يغيب فيبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل
ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهو الاستيثاق
واخذ الكفيل بعد اقامة البينة استحسان وقبل اقامتها
بمجرد الدعوى استحسانا عندنا اذ فيه نظر للمدعي وفي
التكفيل كثير ضرر بالمدعى عليه والتقدير بثلثة ايام مروي
عن ابي حنيفة رح وهو صحيح وعن ابي يوسف رح انه يقدر بما بين
مجلس القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير
من المال والخطير عن محمد رح انه اذا كان معروفا والظاهر
من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على المدعي
حقير لا يكفل الكفيل وكذا لو كان المراد اعطاء نفسه بذلك القدر فان

ابى الخصم ان يعطيه لازمه اي دار معه حيث سار ولو كان
الخصم غريبا لازم المدعي والغريب قدر مجلس الحكم اي مقدار
ما يكون القاضي جالسا في المحكمة فقوله والغريب عطف
على الضمير المنصوب في لازمه وكذا لا يكفل بالغريب الا
الى اخر المجلس فان اتى بالبينة فيها والا يحلفه انشا
او يدعه لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على هذا ضرر
بالغريب والحلف بالله تعالى دون غيره كقوله عليه الصلوة
والسلام ولا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر ولا بالطلاق والعتاق لما روينا
فان الح الخصم قيل صح للقاضي ان يحلف بهما اي بالطلاق
والعتاق في زماننا لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى
لكن القاضي اذا حلف المدعى عليه بالطلاق والعتاق فنكل
لا يقضي عليه بالنكول ولو قضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر
الامام قاضي خان في فتاواه انه ان اراد المدعي تحليفه بالطلاق
والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف
بالطلاق او العتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك
في زماننا والصحيح ظاهر الرواية ويغلظ بصفاته نحو بالله

الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر كما يعلم من العلانية ونحو ذلك وله ان يزيد
في التغليظ على ذلك وله ان ينقص منه الا انه يحتاط فلا يذكر
بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه اليمين وان شاء القاضي لم يغلظ
فيقول قل بالله او والله لان المقصود منه النكول واحوال
الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر
اذا لم يغلظ فكان الرأي في ذلك الى القاضي وقيل لا يغلظ على
الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في
الخطير من المال دون الحقير لا يغلظ اليمين بالزمان و
المكان وقال الشافعي رحمه الله يغلظ بالمكان في قسامة او لعان او في مال
عظيم يبلغ عشرين مثقالا ويختص بالمكان بين الركن والمقام
في مكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم في المدينة و
مسجد الجامع ان لم يكن ثمة وفي غيرهما المسجد وبالزمان
بعد العصر يوم الجمعة وحلف اليهودي بالله تعالى الذي
انزل التورية على موسى صلواة الله على نبينا والنصراني با
لله تعالى الذي انزل الانجيل على عيسى صلواة الله عليه والمجوسي
بالله الذي خلق النار يغلظ على كل واحد بما يعتقد تغليظ

اليمين ليكون رادعا له عن اليمين الكاذبة وعن ابي حنيفة رح
انه لا يحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف رح انه لا يحلف
غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا
لما في ذكر النار في اليمين من تعظيم النار ولا ينبغي ان يعظم
النار ولا يحلف الوثني الا بالله اذ الكفرة كلهم مع اختلاف
مللهم يقرون بالله ولا يحلف اليهودي والنصراني والوثني
في معابدهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع ان يحضرها
ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده فجحد يحلف الجاحد على
الحاصل نحو بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال او ادعى طلاقا
فجحد يحلف على الحاصل نحو بالله ما هي بائن منك الان والا
صل ان الدعوى اذا وقعت في سبب يرتفع بعد وقوعه كا
البيع والنكاح والطلاق فان اليمين يكون على الحاصل لا
على السبب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله نحو بالله ما بايعته و
نحوه مثل بالله ما نكحت وبالله ما طلقتها لانه لو حلف على
السبب يتضرر المدعي عليه لان هذه الاسباب ترتفع بان باع
شيئا ثم تقايلا او طلق امراته ثم راجعها او نكحها فلو حلف
على السبب كالبيع ونحوه يكون الحالف كاذبا ولم يحلف يثبت

مدعي المدعي لانه لو ادعي المعني الطاري كالاقالة والبيع
لم يقبل قوله واذا حلف علي الحاصل فقد وفي المدعي والمدعي
عليه حقهما وعند ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك علي السبب
اذا عرض المدعي عليه بان يقول ايها القاضي لا تحلفني علي
السبب فان الانسان قد يبيع ثم يقيل او يطلق ثم يراجع او يتزوج
فحينئذ يحلف القاضي علي الحاصل وعنه انه ينظر القاضي الي
انكار المدعي عليه فان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف علي السبب
وان انكر الحكم يحلف علي الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال
الاسلام يفوض ذلك الي راي القاضي فان قيل ينبغي ان
يحلف علي السبب دائما وان عرض المدعي عليه فلا اعتبار لذلك
التعريض لان غاية ما في الباب انه وقع البيع ثم وقع الاقالة
ففي دعوي الاقالة يصير المدعي عليه مدعيا فعليه البينة
علي الاقالة فان عجز فعلي المدعي اليمين قلنا رفع الدعوي
اسهل من اثبات المدعي اذ ربما يعجز مدعي الاقالة عن
اقامة البينة ولا يامن المدعي عليه ان يجترئ علي اليمين الكاذبة
فان الشايع ان كل احد في باب الدعوي يحتال ان يكون
مدعي عليه ويحترز ان يكون مدعيا مثبتا واذا انكر المدعي

عليه الحاصل وقال لا بيع بيننا مثلا كيف يجعله مدعيا اذ
لا يجوز للقاضي ان يلزمه ان يكون مدعيا فلذلك قال الا ان
يتضرر المدعي ويكون في التحليف في الحاصل ترك النظر له
فيحلف ح علي السبب بالاجماع كدعوي الشفيع الشفعة بالجوار
والمشتري من لا يراها بالجوار كان شافعيا فانه ربما يحلف علي المذهب
الشافعي بانه لا تجب الشفعة فان الشفعة بالجوار لا يثبت عنده
فلو حلف علي الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه
في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فيحلف المشتري علي السبب
اجماعا في سبب لا يتكرر ولا يرتفع برافع كعبد مسلم يدعي عتقه وكذا ام
علي مولاه وجحد فان المولي يحلف علي السبب نحو بالله ما اعتقه
فانه لا ضرورة الي الحلف علي الحاصل فان العبد المسلم لا يجوز ان
يعود رقيقا بعد العتق وفي دعوي الامة والعبد الكافر العتق علي الحاصل
يحلف المولي مثل ما هي حرة او ما هو حر في الحال لان السبب
قد يرتفع بينهما ويمكن تكرار الرق اما في الامة ففي الردة
واللحاق الي دار الحرب ثم السبي واما في العبد الكافر فنقض
العهد واللحاق بدار الحرب ثم السبي بخلاف العبد المسلم
ويحلف علي العلم من ورث شيئا فادعاه اخر اي لو ورث

علي دعواه يحلف بالله ما نعلم ان هذا عبده ويحلف علي البتات
اي وهب له او شراه فالموهوب له والمشتري يحلفان بالله
ليس ملكا للمدعي والاصل ان التحليف في الشرع علي نوعين
علي البتات اي القطع وعلي العلم فان التحليف يكون علي مبلغ علم
من يستحلف فالمشتري او الموهوب له مالك بسبب شرعي
وضع للملك فيصح تحليفه علي البتات اما الوارث فلا علم
له بما صنع مورثه ظاهرا فلو حلفاه علي البتات لا يمتنع عن
اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر فطولب بالعلم والظاهر
ان التحليف علي فعل نفسه يكون علي البتات وعلي فعل غيره
علي العلم وفي كل موضع وجب اليمين علي البتات فحلفه علي
العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين علي العلم لا يؤثر ذلك
النكول ولو وجبت علي العلم فحلفه علي البتات ويسقط عن
الحلف علي العلم ولو نكل عنه يقضي عليه وصح فداء الحلف
فانه اذا توجه الحلف علي المدعي عليه فافتدي بمال وقال
اعطيت هذه العشرة مثلا فداء عن الحلف وقيل الاخر صح و
كذا صح الصلح منه اي الحلف كما اذا قال المدعي صالحتك عن دعوي
الحلف علي مال وقبل الاخر صح وليس للمدعي ان يستحلفه بعد الفداء

والصلح

والصلح ابدا لانه اسقط خصومته باخذ البدل في
التحالف ولو اختلفا اي متبايعان في قدر الثمن بان
ادعي المشتري ثمنا ادعي والبائع اكثر منه او قدر المبيع بان
اعترف البائع بقدر من المبيع وادعي المشتري اكثر منه حكم لمن
برهن اي فالبينة علي مدعيه سواء كان بايعا او مشتريا وان
برهنا فالبينة المثبتة للزيادة اولي البينات شرعت للاثبات
وحكم لمثبت الزيادة وهو البائع ان كان الاختلاف في
قدر ثمن والمشتري ان كان الاختلاف في قدر المبيع وان اختلفا
فيهما اي في قدر الثمن وقدر المبيع جميعا كما اذا قال البايع بعت
العبد الواحد بالفين وقال المشتري اشتريت العبدين بالف
واقام كل حجة يقبل حجتان معا فحجة البايع في زيادة الثمن
اولي لانها اكثر اثباتا وحجة المشتري في زيادة المبيع اولي لانها اكثر
اثباتا وان عجزا اي البايع والمشتري عن اقامة البينة ولم يكن
لكل واحد منهما بينة سواء كان الاختلاف في الثمن او في المبيع
او فيهما رضي كل من البايع والمشتري بزيادة يدعيه الاخر
والا تحالفا فان كان الاختلاف في الثمن قيل للمشتري اما ان
ترضي بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وان كان

الاختلاف في المبيع قبل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه والا فسخنا
البيع وانكان الاختلاف في كل منهما قبل ذلك لكليهما فان
رضي كل بقول الاخر فظاهر والا تحالفا لان الغرض دفع الخصومة
وقد امكن ذلك برضا احدهما بما يدعيه الاخر عليه فيجب
ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتي يسال كل واحد منهما عما يختار
فان لم يتراضيا استحلف القاضي واحد منهما علي دعوي الاخر
والاصل ان الاختلاف اذا كان في الثمن فالتحالف قبل القبض
موافق للقياس لان البايع يدعي علي المشتري زيادة الثمن والمشتري
ينكر والمشتري يدعي علي البايع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه
ثمنا وهو اقل الثمنين والبايع ينكر فكان كل احد منهما منكر
وتحليف المنكر موافق للقياس اما التحالف بعد القبض فعلي خلاف
القياس عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما فان المشتري لا يدعي علي
البايع شيئا لان المبيع قد سلم له فبقي دعوي البايع علي المشتري
زيادة الثمن وهو ينكره وانما يثبت التحالف بعد القبض لقوله
عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها
تحالفا وترادا او حلف المشتري اولا في الصور الثلث هو الصحيح
وهو المروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وهو قول محمد وزفر رحمهما

لان انكار المشتري اسبق لانه يطالب اولا بالثمن فيكون
هو البادي بالانكار فيبدا بيمينه انما شرعت لفايدة
النكول ونكول المشتري يتجل فايدته وهو تسليم الثمن ونكول
البايع يتاخر فايدته لان تسليم المبيع يتاخر الي زمان استيفاء
الثمن لانه يقال للبايع امسك المبيع حتي يستوفي الثمن فكان
تقديم ما يتعجل فايدته بالنكول اولي وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يبدا بيمين البايع وقيل يقرع بينهما وهذا اذا كان
بيع عين بدين فان بيع عين بعين او ثمن بثمن يبدا
القاضي بيمين ايهما شاء واذا حلفا فسخ القاضي البيع
بينهما ان طلبا او طلب احدهما وقيل ينفسخ بنفس
التحالف والصحيح هو الاول ومن نكل منهما عن اليمين لزمه
دعوى الاخر اي اذا عرض اليمين اولا علي المشتري فان
نكل لزمه دعوي البايع وان عرض اليمين اولا علي البايع
فان حلف يفسخ البيع وان نكل لزمه دعوي المشتري ولا
تحالف ان اختلفا في الاجل سواء قال المشتري الثمن المؤجل
وانكر البايع او قال المشتري الثمن موجل الي سنة وقال البايع
بل الي نصف سنة لان هذا الاختلاف في غير المعقود عليه

والمعقود به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين
وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما
فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل واذا
اختلفا في المبيع او الثمن فكل واحد منهما يدعي عقدا في غير العقد
الذي يدعيه صاحبه والاخر منكر فيتحالفان وقال زفر والشافعي
يتحالفان اذا اختلفا في الاجل وكذا لا يتحالف ان اختلفا في شرط
الخيار بان قال احدهما اشترط الخيار وانكر الاخر او قال احدهما
الي الخيار الي ثلثة ايام وقال الاخر بل الي يومين لانهما اختلفا
في امر زائد واتفقا علي المعقود عليه والمعقود به فلا يتحالفان
وكذا ان اختلفا في قبض بعض الثمن بان قال المشتري اديت بعض
الثمن وانكر البايع ولو اختلفا في قبض كل الثمن فالحكم كذلك حيث
يكون الحلف علي البايع لا غير وانما لم يذكره لان ذلك مفروغ عنه
باعتبار انه صار ح بمنزلة سائر الدعاوي او لانه يعلم بذكر
البعض وحلف المنكر اي منكر الاجل وشرط الخيار وقبض بعض
الثمن والقول له مع حلفه وان هلك المبيع بعد القبض ثم اختلفا
في قدر الثمن لا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بعد هلاك
المبيع وحلف المشتري والقول له وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ

البيع علي قيمة الهالك وهذا قول الشافعي رح وعلي هذا اذا خرج
المبيع عن ملكه او تغير وصار بحال لا يقدر علي رده بالعيب
بان ازداد زيادة متصلة او منفصلة لان كل واحد منهما يدعي
عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكر فان البيع
يختلف باختلاف الثمن فيتحالفان ولهما قوله عليه الصلوة
والسلام اذا اختلف والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
والتحالف بعد القبض علي خلاف القياس فلا يتعدي الي حال
هلاك السلعة لان حال هلاك السلعة ليس في معني حال
قيام السلعة لان عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد
منهما بالتحالف بانه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما
الي راس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فان العقد
بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب
فكذا بالتحالف ولا تحالف بعد هلاك بعضه اي بعض المبيع
كما اذا اشتري عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم مات احدهما
واختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريتهما بالفي درهم
وقال البايع اشتريت احدهما بالفي درهم لا يتحالفان عند ابي حنيفة رح
الا ان يرضي البايع بترك حصة الهالك اي لا ياخذ من ثمن

الهلاك شيء اصلا ويجعل الهلاك كانه لم يكن وكان العقد لم
يكن الا على العبد القائم فحينئذ يتحالف على القائم ويفسخ العقد
ويأخذ البائع العبد الحي ولا شيء له من الهلاك وقال ابو يوسف
يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة
الهلاك من الثمن مع يمينه وقال محمد يتحالفان عليهما
ويرد الحي وقيمة الهلاك ولو اختلفا اي الموجر والمستاجر
في بدل الاجارة قبل استيفاء المنفعة وقبضها بان قال الموجر
اجرت الدار شهرا بعشرة دراهم وقال المستاجر استاجرت
بثمانية او المنفعة قبل قبضها بان قال المستاجر استاجرت
الدار شهرين وقال الموجر اجرت شهرا تحالفا وفسخ العقد
كما في البيع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض
المبيع باعتبار ان كل واحد من المتعاقدين يدعي على صاحبه
دعوى ينكره وكل من العقدين معاوضة يحتمل الفسخ فالحقت
الاجارة بالبيع فان قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة
معدومة قلنا الدار مثلا قيمت مقام المنفعة في ايراد العقد
عليها فكانها قائمة تقديرا او المنفعة كالمبيع فاذا وقع الا
ختلاف في المنفعة لزم التحالف كما اذا اختلفا في المبيع ولا جرة

كالثمن

كالثمن فعند الاختلاف في الاجرة لزم التحالف كالاختلاف
في الثمن فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر وان
وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى
الاخر وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة الموجر
اولى ان اختلفا في الاجرة وبينة المستاجر اولى ان اختلفا في
المنفعة نظرا الى زيادة الاثبات فان حجة الموجر يثبت زيادة
اجر وحجة المستاجر يثبت زيادة المنفعة وان اختلفا فيهما
نحو ان يدعي الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة تقبل
بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الزيادة فيقضى بشهرين
بعشرة ولو اختلفا في قدر الاجرة بعد قبضها اي قبض المنفعة
لا تحالف والقول للمستاجر مع يمينه لانه منكر للزيادة وهذا
لان جريان التحالف لفائدة الفسخ والمنافع المستوفات لا يمكن
فسخ العقد فيها فلا يجري التحالف فان قيل عدم جريان
التحالف ظاهر على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف لما ان هلاك المعقود
عليه مانع للتحالف عندهما فاما عند محمد ينبغي ان يجري كما
لو هلك المبيع قلنا اذا فسخ البيع بالتحالف يمكن ان يجاب قيمة
المعقود عليه لان العين متقومة بنفسها وههنا اذا تحالفا وفسخ

العقد فلا قيمة للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل
بالعقد وبالفسخ ارتفع العقد من الاصل ولو اختلفا بعد
قبض بعضها اي بعض المنفعة تحالفا وفسخت الاجارة
فيما بقي من المدة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود
عليه عقدا مبتدأ فصار ما بقي من المدة كالمنفردة وبالعقد فيتحالفان
فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء ليس بمعقود
عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقود بعقد واحد فاذا تعذر
الفسخ في بعض بالهلاك تعذر في الكل ضرورة وان كان القول
في مقدار الاجرة للمستاجر فيما مضى من المدة لانه المنكر لزيادة
الاجرة وان اختلف الزوجان في متاع البيت وادعى كل
ان المتاع له والنكاح بينهما قائم او ليس بقائم ولا بينة لا
حدهما فلها ما صلح لها اي القول للمرأة مع يمينها فيما يصلح
لها كالدرع والخمار والملاءة ونحوها لان الظاهر شاهد
لها الا اذا كان الرجل صائغا او يبيع ثياب النساء وله ما صلح له
كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح و
المنطقة والكتب فالقول قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت

المرأة

المرأة تبيع ثياب الرجال او ما يصلح لهما كالفراش والامتعة
والاواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود فما فالقول
فيها للزوج لان المرأة وما في يدها للزوج بخلاف ما يختص
بها لان لها ظاهرا اخر اظهر من اليد وهو الاستعمال فجعلنا
القول قولها وان مات احدهما اي احد الزوجين واختلف
ورثته مع الاخر في متاع البيت فالمشكل اي ما يصلح للرجال
والنساء للحي مع يمينه لان اليد للحي لا للميت والجواب في غير
المشكل على ما مر وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح
يدفع الى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج
مع يمينه والطلاق والموت سواء وقال محمد رح ما صلح له فله
وما صلح لها فلها وما صلح لهما فله ولورثته لقيامهم مقامه
وقال مالك والشافعي وزفر رح المشكل بينهما وقال ابن ابي ليلى رح
الكل للرجال ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصري رح الكل لها
وله ثياب بدنه وان كان احدهما عبدا اي مملوكا سواء كان
محجورا او ماذونا فالكل اي كل متاع البيت للحر في حال
الحيوة لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست
بيد ملك وقال ابو يوسف ومحمد رح المأذون والمكاتب كا

الحر وان مات احدهما فكل المتاع للحي حرا كان او عبدا بعد الموت
لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارضة وكذا ذكر في الهداية
والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام شمس الائمة
الحلواني والقاضي فخر الدين خان وذكر شمس الائمة السرخسي
في جامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي
رواية محمد لو عفراني للحر منهما بالراد ولو ادعى رجل عبدا

فصل

في يد رجل انه له يسقط دعوى الملك المطلق الذي ذكر فبرهن
ذو اليد على ان العبد المدعى ملك وديعة زيد عندي او عارية او بيع
او رهن او موجر او مغصوب من زيد لانه ثبت ببينة ان
يده ليست يد خصومة وقال ابن ابي شبرمة لا يخرج منه
وان اقاما الا بينة على ما وقال ابن ابي ليلى يخرج منه خصومة
بمجرد قوله بغير بينة وقال ابو يوسف انكان ذو اليد رجلا
صالحا يندفع عن الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل
لم يندفع الخصومة عنه باقامة البينة رجع اليه حين ابتلي با
القضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال قد يأخذ مال
انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان يغيب عن
البلد حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك

واراد ان يثبت ملكه يقيم ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه
فيبطل حقه ويندفع خصومة المالك وهذا اذا عرف شهود صاحب
اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما اذا قال شهود ذي
اليد اودعه رجل لا نعرفه اصلا فالقاضي لا تقبل شهادتهم
ولا يندفع خصومة المودع عن صاحب اليد بالاجماع وعند محمد لو
انقال الشهود نعرف المودع بوجهه ولا نعرف باسمه ونسبه
لا يندفع الخصومة عنه وعند ابي حنيفة يندفع بالبينة وهذا
لمسئلة يسمى مخمسة كتاب الدعوى فلان الخمسة من العلماء
فيها اقوال كما ذكرنا وهي ايضا خمس مسائل وما اذا قال هذا الشيء
لفلان الغائب عندي وديعة او عارية او اجارة او رهن او غصب
ولو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق وبرهنا كان حجة الخارج
في الملك المطلق احق من حجة ذي اليد لان حجته اكثر اثباتا وعند
الشافعي حجة ذي اليد احق وان وقت احدهما فقط دون
الاخر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف في رواية
عن ابي حنيفة صاحب الوقت احق ولو ادعى رجلان ملكا
والمدعي في يد ثالث ولم يوقتا او وقتا واحدا او برهن
خارجان على شيء قضي لهما نصفين الاستر لهما في الحجة

وعند الشافعي برتهاترت البينات وان ادعي خارجان و
دعوا باطل بکند ترک کردن
برهنا في نكاح امراة سقطا ولم يقض بواحد من البينتين
لان العمل تعذر بهما لانه لا يحتمل الشركة بخلاف الملك فان
الشركة فيه ممكن وهي زوجة لمن صدقته لانه يحكم بما
النكاح بتصادق الزوجين وان ارخا اي المدعيان الزوجية
فالسابق احق لما فيه من زيادة الاثبات ويلزم من
ذلك بطلان نكاح الاخر وان اقرت المراة بالزوجية
لمن لا حجة له فهي زوجة له لتصادقهما عليه فان برهن
الاخر علي انها زوجية وقضاها لان البينة اقوي من الاقرار
وان برهن احدهما علي انها زوجية وقضي بها له ثم ادعي
وبرهن الاخر علي انها امراته لم يقض له بها لان الشيء
لا ينقض بما دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثاني الا اذا
اثبت الاخر سبقه اي سبق نكاحه علي الاول فح يقضي بها
للثاني لظهور الخطا في الاول وهذا كما لم يقض بحجة المدعي
للخارج علي نتج ذي يد ظهر نكاحه الا اذا اثبت الاخر سبقه
اي اذا كانت امراة في يد رجل ونكاحه ظاهر وادعي الخارج
انها زوجته واقام البينة لم يقض له الا اذا اثبت ان نكاحه سابق

وان ادعي رجلان كل واحد منهما انه اشتري شيئا من صاحب
اليد وبرهنا علي شراء شيء من ذي يد فالكل نصفه بنصفه
الثمن او تركه اي الكل واحد الخيار ان شاء اخذ نصف ذلك
الشيء بنصف الثمن وان شاء ترك وانما خير كل من المشترين
لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه
فيتخير ولو ترك احدهما بعد ما قضي له بانقال بعد قضاء
القاضي لا اختيار لم ياخذ المدعي الاخر كله لانه صار مقضيا
عليه في النصف الذي هو نصف الاخر فانفسخ البيع فيه
بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان
ياخذ كله لانه يدعي الكل وان ادعي احدهما شراء والاخر هبة
وقبضا واقاما بينة كان الشراء احق من هبة لان الشراء
عقد ضمان يوجب الملك في العوضين والهبة تبرع وكذا لو
ادعي احدهما الشراء والاخر الصدقة او الرهن كان الشراء احق
من صدقة ورهن مع قبض ولو ادعي رجل الشراء من ذي اليد
وادعت امراة ان ذا اليد تزوجها عليه كان الشراء والمهر
سواء فيقضي لكل واحد منهما بالنصف لان لكل واحد منهما يثبت
الملك بنفسه كما في دعوي الشراء فان قيل الشراء مبادلة مال بمال

والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال فكان الشراء اولى قلنا النكاح
اولى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل
بالهلاك قبل التسليم بخلاف الشراء وقال محمد رحمه الله الشراء اولى
وكذا لو ادعى احد الخارجين على ذي اليد انك غصبت هذا
الشيء مني والاخر ادعى اني اودعت هذا الشيء عندك
وبرهنا كان الغصب والوديعة سواء فينصف الشيء بينهما
لاستوائهما فان المودع اذا جحد الوديعة صار غاصبا
واعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما ان
يدعيا ملكا مطلقا او ارثا او شراء وكل قسم ثلاثة اقسام
لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او بيدهما او في يد احدهما
وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لم يورخا او ارخا تاريخا
واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون
الاخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا ولا يرجح بكثرة الشهود
وزيادة عددها حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين و
الاخر اربعة فهما سواء فان الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة
العلة وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا ولا يرجح ايضا بزيادة
العدالة وعند مالك رحمه الله يقضى باعدل البينتين ولو ادعى

احد

احد خارجين نصف دار في يد رجل والخارج الاخر ادعى كلها
وبرهنا على ذلك فعند ابي حنيفة رحمه الله يقسم الدار بين المدعيين ارباعا
بطريق المنازعة فالربع للاول اي المدعي النصف والباقي
للثاني اي لمدعي الكل فلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف
الاخر فينصف عنهما فجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى الربع واقل
مخرجه اربعة فلمدعي الكل ثلاثة ارباع والمدعي النصف ربع
وقالا يقسم الدار بينهما اثلاثا الثلث للاول والباقي
للثاني فهما اعتبرا طريق العول والمضاربة اما العول فلان
في المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين ويعول الى ثلثة
فلمدعي الكل سهمان والمدعي النصف سهم واما المضاربة
فلان كل واحد منهما يضرب ثلث لان الدار جعلت سهمين
حاجتنا الى النصف بواسطة دعوى النصف ففي المسئلة سهمان
وسهم اي ثلثان وثلث فيضرب صاحب الكل حقه وهو
ثلثان في الدار حصل له سهمان ويضرب صاحب النصف حقه
وثلث فيها حصل له سهم فان معنى ضرب الكسور في عدد
اضافة الكسر اليه فيضرب الثلثين في الدار التي جعلت ثلثة
اضافة الثلثان اليها اي ثلثان من الثلثة وضرب الثلث

فيها اضافة اليها وانكان الدار معهما اي في يد المدعيين
الذين يدعي احدهما النصف والاخر الكل وبرهنا فهي اي
الدار كلها للثاني المدعي الكل نصف بالقضاء ونصف لا به
اي بالقضاء فان الدار اذا كان في يدهما يكون النصف في يد
كل منهما فالنصف الذي في يد مدعي الكل لا يدعيه احد فيترك
في يده والنصف الذي في يد مدعي النصف يدعيه كل واحد منهما
فمدعي الكل خارج وبينة الخارج اولى ولو برهن خارجان
بعد ما تنازعا على نتاج دابة اي على انها نتجت عندهما
وارخا اي ذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين
قضي لمن وافق تاريخه سنها لان الحال يشهد له فيترجح
وان اشكل السن فلهما اي يكون الدابة بينهما نصفين وصار
كانهما لم يذكرا تاريخا اما اذا خالف بينهما التاريخين بطل
البينتان وتترك الدابة مع ذي اليد لظهور كذب كل
الفريقين وذو اليد مبتدا والمستعمل خبره كمن لبس فاذا
تنازعا في قميص مثلا واحدهما لابسه دون الاخر فذو اليد
اللابس وكذا اذا كان الاخر اخذ الكم القميص فذو اليد اللابس لا
اخذ الكم لان تصرف اللابس اظهر وكذا لو كان احدهما راكبا

فان الراكب

فان الراكب هو ذو اليد لا الاخذ اللجام وكذا من كان راكبا في السرج
هو ذو اليد لا رديفه وكذا لو تنازعا في العير وعليه حمل لاحدهما
كان ذو الحمل هو ذو اليد لا من علق كوزه عليه وكذا لو تنازعا
في حائط فذو اليد من اتصل الحائط ببنائه اتصال تربيع لانهما
انما يبنيان للحيطان مع جدارين اخريين بمكان مربع او وضع
عليه اي على الحائط الجذع فهو ذو اليد ولا اعتبار لوضع
الخشبات عليه حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه خشبات
وليس للاخر عليه شيء فهو بينهما ولا يختص به صاحب الخشبات
ولو تنازعا في بساط واحدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو
بينهما بحيث يكون جالس البساط والمتعلق به سواء لان الجلوس
ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا بساط الغير بمجرد الجلوس عليه
وكذا اي سواء من معه ثوب وطرفه مع اخر اي اذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد اخر تنازعا فيه فهو بينهما نصفان
لان كل احد منهما يثبت يده على هذا الثوب الا ان يد احدهما يثبت
في الكثرة ويد الاخر في القلة والزيادة من جنس الحجة فلا يوجب ترجيحا
كما لو قام احد المدعيين شاهدين واقام الاخر اربعا وذو بيت
من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها فالساحة نصفان

لان هما سوا في استعمال الساحة بالمرور وصاحب القليل اكثر بانواه
ولا جا خراجان   في دعوى النسب جارية مبيعة ولدت لاقل من
نصف حول مذ بيعت فادعى البائع الولد يثبت نسبه اي نسب الولد
منه اي من البائع ويثبت امومتها للولد ويفسخ البيع ويرد
الثمن والقياس ان تبطل الدعوة ولا يثبت النسب من البائع اذا
لم يصدقه المشتري وبه اخذ زفر والشافعي رح لان البائع متناقض
في كلامه فان البيع اعتراف منه بانها امة وبالدعوة يصير مناقضا
قلنا ان العلوق امر خفي فيعفى فيه التناقض وكون العلوق
في يد البائع دليل على انه منه اذ الظاهر عدم الزنا منها واذا
صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده
ولو ادعاه اي البائع الولد بعد عتقها اي بعد عتق المشتري الام
وقد جاءت به لاقل من نصف الحول يثبت نسبه اي نسب الولد
ويرد حصته من الثمن اي يرد البائع حصة الولد من الثمن
فانه يقسم الثمن على قيمة الام وقيمة الولد فما اصاب الولد يرده البائع
الى المشتري وما اصاب الام لا يرده فان قيل ينبغي ان لا يصح اعتاق
المشتري ويجب عليه رد كل الثمن فانه لما يثبت نسب الولد ظهر
ان الام ولد البائع فلا يصح البيع وحينئذ يبطل الاعتاق ويجب

عليه رد

عليه رد كل الثمن قلنا لما اعتق المشتري الام فقد حصل بالام
ما يمنع صحة الدعوى بالنسبة اليها لان العتق بعد ثبوته
لا يحتمل البطلان وليس من ضرورة ثبوت النسب الولد
وحريته صيرورة الام ام ولده لولد المغرور بانه حر الاصل
ثابت النسب من المستولد فانه ليست ام ولده بل هي امة
لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح يثبت النسب ولا يصير
الامة ام ولده ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع
او بعدها وعند ابراهيم النخعي رح دعوة المشتري اولى اما
لو ادعاه المشتري قبل دعوة البائع يعتبر دعوة المشتري ولا
يعتبر دعوة البائع ويثبت النسب من المشتري ويحمل على
ان المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها وان مات الولد
فادعاه البائع وقد ولدت لاقل من نصف الحول لا يعتبر
دعوة البائع بعد موت الولد ولم يثبت نسبه لاستغنائه
ولم تصير الامة ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب واذا لم يثبت
النسب لم يثبت الاستيلاد اما ان مات الام والولد حي فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من نصف الحول تعتبر دعوة البائع
ويثبت النسب لان الولد اصل في ثبوت النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم

اعتقها ولدها واذا صحت الدعوة بعد موت الام فعند ابي حنيفة يرد
كل الثمن وعندهما يرد حصة الولد الام او عتقه اي لو اعتق المشتري الولد
لا تعتبر دعوة البايع ايضًا لا في حق الولد ولا في حق الام لان الولد هو
المقصود في ثبوت النسب والام تبع فاذا اعتق المشتري الولد فقد
حل بالولد ما يمنع الدعوة فلم تصح الدعوة في حق الولد فلا تصح
في حق الام ايضًا لانها تبع له نعم للبايع حق استلحاق النسب لكن
الثابت للمشتري حقيقة الاعتاق فسقط الحق بضعفه بمقابلة
الحقيقة لقوتها وكذا لا تعتبر دعوة البايع لو ولدت لاكثر من
نصف حول واقل من سنتين لانه احتمل ان العلوق لم يكن
فلم يوجد حجة الا اذا صدق المشتري وحينئذ ليثبت فيبطل
بيع يكون ولد حر والام ام ولد للبايع لانهما صدقا واحتمل ان يكون
العلوق في الملك ولو ولدت بسنتين من وقت البيع او اكثر منها
ردت دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه لكن تكون
هي ام ولده نكاحا ان صدقه المشتري فيثبت النسب منه ويحمل
على ان البايع استولد بحكم النكاح حملا لامره على الصلاح ويبقى الولد
عبدا للمشتري ولا تصير الامة ام الولد للبايع كما لو ادعاه اجنبي
اخر ان يتصادقها ان الولد من البايع لا يثبت كون العلوق في

ملكه

ملكه لان البايع لا يدعي ذلك وكيف يدعي ذلك وكيف يدعي و
الد لا يبقى في البطن لاكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك
فلا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق لامه ولا يظهر
بطلان البيع الصلح هو في اللغة اسم بمعنى المصالحة
وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة
الحال وفي الشريعة عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول
وشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه مالا معلوما
ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلومية فان من ادعى
حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا
ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين
كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا يفضي الى
المنازعة وصح الصلح باقرار اي مع اقرار المدعى عليه وسكوت
المدعى عليه وانكار المدعى عليه وقال الشافعي لا يصح الصلح
مع انكار او سكوت فالاول اي الصلح مع اقرار كبيع اي
بمنزلة البيع ان وقع الصلح عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو
مبادلة المال بالتراضي ففيه اي في هذا الصلح تجب الشفعة
اذا كان المدعى او بدل الصلح عقارا ويجري فيه الخيارات

اي خيار الروية والعيب والشرط فسواء صولح عن دار او على دار
للشفيع الشفعة ويثبت الروية بالخيارات الثلث من المدعي
عليه في بدل الصلح والمصالح عنه ويفسده اي الصلح جهالة البدل
مثل ان يكون البدل عبدا او دابة لان جهالة مفضية الى المنازعة
وما استحق من المدعي رجع مدعى عليه على المدعي ويرد المدعي
حصة اي حصة ما استحق من العوض وما استحق من البدل
اي المصالح عليه رجع المدعي على المدعى عليه بحصته من المدعي
واستحق الكل رجع بالكل لانها مبادلة كالبيع وحكم الاستحقاق
في البيع هذا والصلح مع اقرار كاجارة ان وقع عن مال بمنفعة
لوجود معناها وهو تمليك المنفعة بعوض كما اذا ادعى دارا ثم
صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة وح يعتبر فيه
ما يعتبر في الاجارة فشرط التوقيت فيه اذا كان البدل منفعة
يعرف بالتوقيت كسكنى الدار والخدمة بخلاف ما اذا وقع
الصلح على نقل هذا الشيء من هاهنا الى بغداد فانه لا يشترط فيه
التوقيت ويبطل الصلح بموت احدهما اي المدعي والمدعى عليه
في المدة كما تبطل الاجارة وعند ابي يوسف رح ليس هذا الصلح كالاجارة
الاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى

دارا وخ

دارا وخدمة عبد او ركوب هذه الدابة الى بغداد ولبس هذا
الثوب شهرا ثم هلك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة
قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح
ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وان مات
المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم
مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب والآخران اي الصلح
مع سكوت والصلح مع انكار معاوضة بمعنى البيع او الاجارة في حق المدعي لان الاعتبار في العقود للمعاني في
زعم المدعي انه ياخذه عوضا عن حقه وفداء يمين
وقطع نزاع وخصومة في حق مدعى عليه الاخر عليه
لان في زعمه ان لا حق عليه فلا شفعة في صلح عن دار مع
السكوت والانكار لان المدعى عليه يزعم انه يستبقي الدار
لمكونه له على نفسه بهذا الصلح ويدفع المال بقطع خصومة المدعي
وزعم المدعي ليس بحجة عليه بل تجب الشفعة في الصلح على دار لان
المدعي ياخذ الدار عوضا عن حقه في زعمه فيؤاخذ بزعمه
فتجب الشفعة وما استحق من المدعي فيما اذا وقع الصلح عن انكار
او سكوت فكامر عن اقرار من ان ما استحق من المدعي يرد

المدعي حصة من العوض ففي الصلح عن الانكار والسكوت اذا
استحق من المدعي يرد المدعي حصة من العوض واذا استحق
كل المدعي كل العوض وخاصم المدعي مع المستحق لان ما اخذ
عوضا في زعم المدعي وبالاستحقاق فات المعوض فلزمه
رد العوض وما استحق في الصلح عن انكار وسكوت من العوض
رجع المدعي الى المدعوي اي اذا استحق بعض العوض من
يد المدعي رجع الى دعوى حصة ما استحق من العوض وهو
المصالح عنه فان استحق كل العوض رجع الى دعوى كل ما
استحق لان العوض في الصلح عن الانكار او السكوت هو الدعوى
فاذا استحق العوض رجع ما العوض وهو الدعوى ولو ادعى
دارا ولو صالح علي بعض من دار يدعيها لم يصح الصلح والمدعي على بعض
على دعواه في الباقي لان الصلح اذا كان على بعض المدعي كان
استيفا لبعض الحق واسقاط للبعض والاسقاط لا يرد على
الاعيان بل هو مخصوص بالديون هذا ب جواب غير ظاهر
الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح الصلح وفي الذخيرة
رجل ادعى دارا في يدي رجل واصطلحا على بيت معلوم من
دار اخرى من المدعي عليه فهو جايز وان وقع الصلح من بيت

معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوي وكذلك الصلح
جايز لان زعم المدعي انه اخذ بعض حقه وترك البعض
وفي زعم المدعي عليه انه فدى عن يمينه وحيلته ان
يزيد المدعي عليه في البدل شيئا ليكون المدعي مستوفيا
بعض حقه اخذ العوض عن البعض ويبرا المدعي
عن دعوى الباقي لان هذه براة عن دعوي العين
والبراة عن دعوي العين صحيحة وان لم يكن البراة
عن الاعيان صحيحة كما اذا مات واحد وترك ميراثا
فبرئ واحد من الورثة عن نصيبه من الميراث لا يصح
لان هذه براة من الاعيان وصح الصلح عن دعوي المال
لانه في معني البيع وعن دعوي المنفعة بان ادعى في دار
سكني سنة وصية من رب الدار فجحد الوارث او
اقر به فصالحه الوارث عن شي جاز لانه جاز اخذ
العوض عن المنفعة بالاجارة وكذا بالصلح قيل يحتاج
الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة انه لو ادعى استيجار
عين والمالك ينكره ثم صالحا لا يجوز وعن دعوي الجناية
في النفس بان ادعى الولي القتل ثم صالح وما دونها كالا

طراف عمدا كانت الجناية لقوله تعالي فمن عفي له من
اخيه شيء الاية اي من اعطي له من دم اخيه المقتول
شيء بطريق الصلح او خطا لان موجب جناية الخطا المال
فيصير الصلح بمنزلة البيع وعن دعوي الرق بان ادعي علي
رجل انه عبده فصالحه المدعي عليه علي مال اعطاه صح فان
الصلح مع اقرار كان عتقا في حقهما حتي يثبت الولاء وان
لم يكن مع اقرار فجعل في حق المدعي عليه بدلا للمال للدفع
الخصومه وفي حق المدعي كانه اعتقه علي مال الا انه ولاء
للمدعي لعدم اقرار المدعي عليه الا ان يقيم المدعي بعد ذلك
بينة فتقبل بينته علي اثبات الولاء عن دعوي الزوج اي ادعي
رجل علي امراة النكاح فان اقرت يكون الصلح خلعا مطلقا
وان انكرت او سكتت يكون الصلح خلعا في زعم الزوج لا في
زعمها حتي لا تجب عليها العدة وان تزوجت زوجا اخر جاز
في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالي فان علمت انها
كانت زوجة الاول لا يحل لها التزوج في عدته وان علمت
انها لم تكن زوجة للاول حلت قالوا لا يحل للزوج اخذ البدل
فيما بينه وبين ربه اذ كان مبطلا في دعواه والظاهر ان هذا

عام والاختصاص له بدعوي النكاح وكان الصلح عتقا بمال
في دعوي الرق وخلعا في دعوي النكاح كما ذكرنا لان الصلح
يجب حمله علي ورب العقود عليه ولم يجز الصلح علي دعواها
علي الزوج النكاح كذا ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري وفي
بعضها قال يجوز وجه عدم الجواز ان الزوج اذا بذل
لها المال لتترك الدعوي فان جعل ترك الدعوي منها
فرقة فالعوض في الفرقة لم يشرع من جانب الزوج بل من
جانبها اذا لم يسلم من هذه الفرقة للزوج شيء وانما الفرقة
هي التي تسلم لها بعينها ويتخلص من الزوج وان لم يجعل فرقة
فالحال علي ما كانت عليه قبل الدعوي وتكون هي علي دعواها
فلا يكون ما اخذت عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة
محضة من غير دفع خصومة وبلي مهاردة ولا يجوز عن
دعوي حد لو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالح
المدعي بدراهم علي ان يعفو عنه فالصلح باطل ومن وكل رجلا
بالصلح عنه صح ولزم بدل صلح هو كبيع كما اذا وقع الصلح عن مال
بمال من غير جنس المصالح عنه ويكون الصلح مع اقرار علي
الوكيل بالصلح لانه بمنزلة البيع فيكون المطالب بالمال الوكيل

دون الموكل لان الحقوق فيه يرجع الى الوكيل وما اي بدل
صلح ليس كبيع كالصلح عن دم عمد او الصلح على بعض دين يدعيه
لزم على الموكل دون الوكيل لان الصلح في هاتين ليس كالبيع اما
الاول فلان الصلح فيها اسقاط محض وكان الوكيل سفيرا فلا
ضمان عليه واما الثاني فلانه اخذ بعض الحق واسقاط الباقي
فيرجع الحقوق الى الموكل وان صالح عن رجل فضولي بغير امره
فهو على وجوه ان صالح بمال وضمن البدل تم الصلح لان الحاصل
للمدعي عليه البراءة وصح الفضولي ان يكون اصيلا في الضمان
اذا اضاف الضمان الى نفسه واضاف الصلح الى ماله بان قال
صالحتك على الفي هذا او عبدي او اشار الى نقد او عرض
بينهما بان قال صالحتك على هذا الالف او هذا الثوب من غير ان
الى نسبهما فالصلح واقع من الفضولي وتم ولزمه تسليم
المال او اطلق المال بان قال صالحتك على الف درهم ونقد المال
وسلم صح الصلح وتم وان اطلق المال ولم ينقد فالصلح موقوف
ان اجازه المدعي عليه صح الصلح ولزم البدل على المدعي عليه
والا اي وان لم يجز المدعي عليه ذلك رد وبطل هذا اختيار بعض
المشائخ وقال بعضهم بل ينفذ الصلح على المصالح وصلحه على بعض

جنس ماله عليه كما اذا كان الرجل على اخر الف درهم مثلا فصالحه
على خمسمائة مثلا اخذ لبعض حقه وحط لباقيه فكانه ابرا
عن بعض حقه فان قال صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يقل
ابراتك عن الباقي جاز ويبرا المطلوب عن الباقي لا معاوضة
اذ لا يمكن جعله معاوضة لما فيه من الربو لان بعض الشيء
لا يصلح عوضا الكل وتصرف العاقل يصح ما امكن فيجعل اسقاطا
وصح الصلح عن الف حال على مائة حالة فيجعل اسقاطا لما فوق
المائة او عن الف حال على الف مؤجل فيجعل اسقاط الوصف
الحلول او الف جياد على مائة زيوف فيجعل اسقاطا لما فوق
المائة لوصف الجودة في المائة ولم يصح الصلح عن دراهم على دنانير
موجلة الى شهر مثلا لان الدنانير غير مستحقة فلا يمكن حمله على
تاخير حقه فيجعل معاوضة فيكون بيع صرفه وبيع الدراهم
وبالدنانير نساء لا يصح او عن الف موجل على نصفه حالا
لانه جعل وصف الحلول في مقابلة خمسمائة فكان اعتياضا
عن الاجل وهو حرام او عن الف سود على نصفه بيضا
لانه يكون معاوضة الف سود بخمسمائة وزيادة وصف
فكان ربوا او من عليه دين وامر باداء نصف دين عليه غدا

علي انه بريء مما زاد كما اذا قيل له اد الي غدا خمسمائة من الف عليك
علي انك بريء من الباقي ان قبل وفعل بريء من الباقي وان لم
ولم يود الخمسمائة غدا عاد دينه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
وعند ابي يوسف لا يعود دينه لان الابراء حصل مطلقا فيثبت البراءة
مطلقة وهذا لانه لم يذكر الا الابراء عوضا سوى النقد في الغد
وهو لا يصلح عوضا لانه واجب عليه للطالب قبل الصلح فلا يصلح
عوضا في الصلح واذا لم يصلح عوضا كان ذكره والعدم بمنزلة
وكان الابراء حاصلا مطلقا فلا يعود دينه ولهما ان الابراء
مقيد بشرط مرغوب فيتعلق بسلامته ويفوت بفواته وهذا
لانه براه بتعجيل خمسمائة واداؤها غدا ولعل له رغبة في
ذلك حذرا من افلاسه وقوله على انه بريء خرج مخرج
الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط لان على يجيء
للشرط ولا يقال كلمة على دخلت على البراءة دون الاداء فكيف
يكون الاداء شرطا للبراءة لانا نقول دخولها على البراءة
بمنزلة دخولها على الاداء بحكم المقابلة الثابتة بينهما
وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الاخرة فانها رضي
بالبراءة مطلقا بل بالبراءة على تقدير اداء الخمسمائة

فصارت

فصارت البراءة مشروطة بالاداء ولو علق البراءة بالشرط
صريحا كان اديت او اذا اديت او متى اديت الي كذا من
الدين فانت بريء من الباقي لا يصح الابراء لتعليقه بالشرط
صريحا وتعليق البراءة بالشرط الصريح باطل كقوله ان دخلت
الدار فانت بريء لان الابراء اسقاط لا يتوقف على القبول
وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك با
الشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالا
عتاق والطلاق جايز ففي الابراء المشتمل على المعنيين قلنا
يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح به عملا بالشبهين
ولو كان الدين مشتركا بين شريكين بان يكون واجبا بسبب واحد
كثمن المبيع اذا كان البيع صفقة واحدة مثل ان جمع اثنان عبدين
لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون الثمن دينا
مشتركا بينهما او كالموروث بينهما بان مات مورثهما وله
دين على رجل فورثاه او كقيمة المستهلك المشترك ولو صالح
احدهما عن دين مشترك من نصفه على ثوب فشريكه بالخيار
ان شاء اتبع شريكه غريمه بنصفه اي نصف الدين او اخذ
نصف الثوب من شريكه واصله ان الدين المشترك اذا قبض

احدهما منه فلصاحبه ان يشاركه في عين المقبوض لانه
ازداد بالقبض اذ العين احسن من الدين لان الدين ليس
بمال في الاصل وانما يصير مالا باعتبار المال وهو القبض
وهذه الزيادة مستندة الى اصل العقد واصل العقد كان
مشتركا فكذا الزيادة وكان له ان يشاركه في المقبوض عين
والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى
ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين عن غيره ويضمن لشريكه
حصة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب الشريك ان شاء اتبع
الغريم بنصف الدين لانه كان عليه ولم يستوفه فبقي في ذمته وان شاء
اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع
وقيد المسئلة بالمصالحة لانه اشترى احدهما بنصيبه سلعة
لم يشركه الاخر فيها ووضع المسئلة في الدين لان في العين بين
الشريكين اذا صالح احدهما من نصيبه على شيء لم يشركه الاخر
فيه الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه
الناس عن الدخول وسميت عقوبة الجاني حدا لانها تمنع
عن العادة وارتكاب سببها وفي الشريعة عقوبة مقدرة
يجب حقا لله تعالى خالصة فلا تعزير حد لعدم التقدير لانه

مفوض

مفوض الى رأي القاضي ولا قصاص حد لانه حق العبد وهو في
القصاص واعلم ان بعض الاحكام حقوق الله تعالى خالصة
وهي عبادات خالصة كالايمان والصلوة والزكوة والصوم
والحج والجهاد وعقوبات خالصة كل الحدود لانها شرعت
لمصلحة تعود الى كافة الناس فالله تعالى شرع حد الزنا
لصيانة لفراش المسلمين عن الفساد وشرع حد الشرب لصيانة
عقولهم وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم وشرع حد السرقة
لصيانة اموالهم والزنا وطي الرجل المرأة في قبل خال عن
الملك اي ملك النكاح وملك اليمين وشبهة اي شبهة
الملك كمعتدة البائن والثلث او امة ابن الواطي كما سيجي
ويثبت الزنا عند الامام بشهادة اربعة بالزنا صريحا لا بوطي
له وجماع فيسالهم الامام عن الزنا ما هو وانما يسال عن
الماهية لان من الناس من يعتقد ان كل وطي حرام زنا و
لان الشارع اطلق الزنا على غير هذا الفعل نحو العينان تزنيان
وزناهما النظر ويسال كيف هو قيل انما يسال عن الكيفية
الاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقيل للاحتراز
عن صورة الاكراه ويسالهم اين زنى للاحتراز عن الزنا في

دار الحرب او البغي فهو لا يوجب الحد ويسالهم متى زني
للاحتراز ان يكون العهد متقادما فان حد الزنا لا تقام
بعد تقادم العهد ويسالهم بمن زني للاحتراز ان يكون
له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها فان بينوا ذلك
وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسال
الامام عن حال الشهود وعدلوا سرا وعلنا على ما سيجيء في
الشهادة حكم به اي بحد الزنا ويثبت الزنا باقراره اي باقرار
الزاني العاقل البالغ على نفسه بصريح الزنا اربعة في اربعة
مجالس من مجالس المقر وقال ابن ابي ليلى رح تقام الحد بالا
قرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد وقال الشافعي رح
يحد بالاقرار مرة واحدة رده الامام كل مرة بان يقول
انك جنون ويزجره عن الاقرار ويظهر الكراهية
ويامر بتجيته فيذهب حيث لا يراه الامام ثم يجيء فيقر فاذا
تم اقراره اربع مرات فيساله عن الزنا كما مر اي ما هو وكيف
هو واين زني ومتى زني وبمن زني وقيل لا يسال من الزنا
ههنا لان التقادم يمنع الشهادة دون الاقرار والاصح انه
يساله لجواز انه زني في صباه فان بين الامور المذكورة

جب للامام تلقينه رجوعه عن الاقرار بلعلك لمست
ونحوه كلعلك قبلت او تزوجها او وطيها بشبهة فان رجع
المقر قبل اقامة حده او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله
وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد والا اي
وان لم يرجع حد وهو اي الحد للمحصن اي لحر مكلف عاقل
بالغ مسلم وطي امراة بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان
اي الامور التي تثبت بها الاحصان ما عدا الوطي كانت حاصلة
قبيل هذا الوطي فاذا وجد الوطي تم جميع ثبت به الاحصان
رجمه حجر لقوله هو في فضاء حتى يموت يبدا به اي بالرجم
شهوده وقال ابو يوسف رح في رواية الشافعي رح لا يشترط بداية
الشهود فان ابوا اي الشهود او بعضهم عن الابتدا بالرجم
او غابوا او ماتوا سقط الحد عند ابي حنيفة ومحمد رح
وهو في رواية عن ابي يوسف رح ثم يرجم الامام ثم يرجم الناس
وفي الزاني المقر يبدا الامام ثم يرجم الناس وغسل وكفن
وصلي عليه بعد ما رجم والحد لغير المحصن جلدة مائة وسطا
بين المبرح وغير المولم بسوط لا ثمرة له ثمرة السوط عذبته و
ذنبه وطرفه وقيل ثمرة السوط عقد اطرافها والاول اصح ينزع

عنه ثيابه لان النزع ابلغ وصول الالم اليه الا الازار لان في
نزعه كشف العورة ويفرق الضرب على بدنه لان لما وصلت
لذة قضاء الشهوة الى كل بدنه فليصل الم الضرب الى الكل و
قال الشافعي لم يختص به الظهر الا راسه ووجهه وفرجه وقال
ابو يوسف ثم اخر يضرب الراس ايضا سوطا قائما في كل حد لان
مبني الحد على التشهير والقيام ابلغ في ذلك بلا مد والمراد
ان الجلاد لا يمد يده فوق راسه وقيل مراده انه بعد ما وقع
السوط على بدن المجلود لا يمده وقيل ان يطرح على الوجه ويمد
رجلاه وكل ذلك لا يفعل وللعبد نصفها اي نصف المائة ولا
يحد سيد عبده او امته بلا اذن الامام قال الشافعي له ان
يقيم الحد الذي هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقر
بين يديه وان يثبت بالبينة فله قولان وفي القذف و
القصاص له وجهان ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو ليصل
الالم الى بدنها وتحد المراة جالسة لان مبني حالها على الستر وجاز
الحفر لها لانه استر لها وربما تضطرب اذا مسها الحجارة
فيبدو عورتها وان ترك الحفر لم يضر ولا يجوز الحفر له
لان مبني حاله على التشهير ولا جمع بين رجم وجلد في المحصن

وعند اصحاب

وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم ولا جمع بين جلد
ونفي والشافعي يجمع بينهما حدا فيجلد مائة ويغرب سنة
الا سياسة بان راى الامام في ذلك مصلحة فيغرب بقدر
ما يرى وذلك تعزير لا حد ولا يختص بالزنا بل يجوز في
كل جناية والراي فيه الى الامام واذا زنى المريض وحده الرجم
يرجم المريض وان كان حده الجلد لا يجلد الا بعد البرء لان
الجلد في المريض ربما يقع مهلكا ويرجم الحامل بعد الوضع
وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى يستغني الولد عنها اذا لم يكن
احد يقوم بتربيته وان كان حدها الجلد يجلد بعد النفاس
لان النفاس نوع مرض فينتظر البرء منه ويسقط الحد بشبهة
وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت وهي انواع شبهة في الفعل
عين الحل اي ظن عين دليل الحل دليلا وهي يتحقق في حق
من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه كامة ابويه وكذا
امة جده وان علا وامة زوجته ولا يحد ان ظن انها تحل
وان قال علمت انها حرام حد وان ادعى احدهما الظن ولم يدع
الاخر ذلك لم يحدا حتى يقرا الهما علما بالحرمة وروى
الحسن عن ابي حنيفة ان الجارية ان ادعت الحل ولم يدع

الفحل حد فاتصال الاملاك بين الاصول والفروع قد توهم
ان للابن ولاية وطي جارية الاب وغنى الزوج بمال الزوجة
المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال
خديجة قد يورث شبهة كون مال الزوجة ملكا للزوج و
شبهة في المحل اي بقيام دليل ناف للحرمة ذاتا اي بالنظر الى ذات
الدليل فان الدليل ههنا ينفي الحرمة بالذات اي لو نظر الى
الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة بخلاف
الشبهة في الفعل فانه ليس هناك دليل ناف غير الدليل دليلا
كامة ابنه فان للاب حقا في مال الولد لقوله عليه الصلوة والسلام
انت ومالك لابيك ومعتدة الكنايات بان قال لها انت
بائن او على حرام او بتة الى غير ذلك من الكنايات
ثم جامعها في عدتها لا حد عليه لاختلاف الصحابة في و
قوع البينونة بهذه الالفاظ فيبقى شبهة قيام النكاح و
الامة المبيعة قبل التسليم فان وطيها البايع لا حد عليه
لانها في ضمانه ويده والملك وان زال لكن شبهة الملك
باق بدليل انها لو هلكت في يد البايع ينتقض البيع ويعود
الى قديم ملك البايع فلا يحد في هذه الصور وان اقر بالحرمة

لقيام الدليل نظرا الى ذاته وحد بوطي امة اخيه او عمه
وكذا ساير المحارم سوى الولاد وان قال ظننت انها تحل لي
لان ظنه لم يستند الى دليل وحد بوطي امراة اجنبية
وجدها في فراشه ووطيها وان قال حسبتها امراتي لانه
بعد امتداد العهد وطول الصحبة لا يشتبه عليه امراته
وان هو اعمى لانه يقدر على التميز بالحركات والهيات
لا يحد ان زفت اليه غير زوجته وقلن اي النساء هي زو
جتك لانه اعتمد دليلا معتبرا هو الاخبار في موضع الا
شتباه اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها في اول الوهلة
ولا يحد الخليفة اي الامام الذي ليس فوقه امام فانه لو زنى
او سرق او شرب او قذف لا يحد ولا يواخذ لان الحد حق
الله تعالى والخليفة هو مكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه
وان قتل الخليفة انسانا يقتص لانه اتلفه فان من له الحق
هو المالك او الوارث في حد القذف والتعزير من قذف فصل
رجلا محصنا او امراة محصنة اي حرا مكلفا عفيفا عن
الزنا فالاحصان في حد الزنا شرط فيه الوطي بنكاح صحيح بخلاف
الاحصان في حد القذف بصريحه اي بصريح الزنا كزنيت

مثلا واحترز به عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال الرجل محصن يا زاني فقال الاخر صدقت لم يحد المصدق وبلست لابيك وهذا اذا كانت امه محصنة لانه قذف امه حقيقه او لست بابن فلان وهو ابوه الذي يدعى له حد لقوله من قذف ثمانين سوطا الا كان القاذف حرا وشرط مطالبة المقذوف كحد الشرب فان الصحابة تشاوروا في حد الشرب فقال كل منهم ما ابدا له فقال علي رضي الله عنه اذا سكر هذي واذا هذي افترى وحد المفتري في كتاب الله تعالى ثمانون فاستحسنوه واتفقوا على ذلك اجماعا وقال الشافعي رح حد الشرب اربعون سوطا وحق الطلب بقذف الميت للوالد والجد وان علا والولد وولده وان سفل ولو كان الولد محروما عن الارث كولد الولد مع وجود الولد والكافر والعبد خلافا لزفر وكالقاتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رح وعند الشافعي رح حق الطلب لكل وارث لان حد القذف يورث عنده وعندنا بل يثبت لمن يلحق به العار فيقتضي النسب ولا يطالب بحد سيده واباه بقذف امه المحصنة

اي ان قذف السيد ام عبده ليس للعبد مطالبة الحد من سيده وكذا ان قذف الاب ام ابنه ليس للابن المطالبة من الاب ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب وليس يجري فيه اي في حد القذف ارث فان مات المقذوف بطل الحد عندنا وعند الشافعي رح يجري فيه الارث ولا يبطل بموت المقذوف وكذا لا يجري فيه عفو وعوض واصل المسئلة ان حد القذف مشتمل على حق الله تعالى وحق العبد اتفاقا من حيث انه شرع لصيانه عرض العبد وشرط فيه الدعوى لقبول الشهادة ولا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار حق العبد ومن حيث انه سمي حدا والحدود شرعت زواجر حق الله تعالى ولا يباح القذف باباحة العبد وليستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب الا ويتنصف بالرق والعقوبات الواجبة لله تعالى يتنصف بالرق حق الله تعالى الا ان الشافعي رح مال الى تغليب حق العبد تقديما لحقه على حق الشرع لحاجة العبد وغنى الشرع ونحن قلنا الى تغليب الشرع لان حق العبد يصير مرعيا باعتبار حق الشرع لان ما للعبد يجوز ان يتولاه مولاه وما للشرع لا يصير مرعيا باعتبار حق العبد اذ لا ولاية

لهفي استيفاء حق الشرع فيخرج على هذا الاصل الفروع المختلف
فيها منها الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع
ومنها العفو فلا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده يصح وعند
ابي يوسف رح في العفو مثل قول الشافعي رح ومنها انه لا يجوز الا
عتياض عندنا وعنده يجوز وفي قوله لاخر يا زاني فقال لا
لا بل انت حدا لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول
فظاهر وكذا الثاني لان معناه بل انت زان ولو قال رجل
لعرسه يا زانية فقالت بل انت حدت العرس لانها قذفت
الزوج فتحد وينبغي ان يجب اللعان لان قذف الرجل امرأته
يوجب اللعان لكن لا لعان لانها لما حدت لم يبق اهلا
للعان اذ اللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها
وان قالت العرس في جواب قول الزوج يا زانية زنيت بك
هدر اي لا يجب الحد ولا اللعان لان قول المرأة يحتمل ان يكون
ردا يعني ان وجد مني زنا فهو ليس الا تمكيني اياك لانا ما
مكنت احدا غير وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه اغضبها
واذاها فهي تغضبه وتوذيه فلا يكون لها دعوى اللعان
لاحتمال المعنى الاول ولا حد عليها لاحتمال معنى الثاني من اخذ

متلبسا بريح الخمر او سكران زائل العقل بحيث يسلب عن التميز
بين شيء وشيء فلا يعقل الرجال من النساء والارض من السماء
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو من يهذي ويختلط جده و
هزله وهذا في غير الخمر يحد بشرب قطرة بنبيذ او قربه اي
بشرب الخمر او ما السكر بالنبيذ مرة وعن ابي يوسف رح انه يشترط
الاقرار مرتين صاحيا فان اقر حال السكر لا يحد او شهد به
رجلان ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال وعلم به
طوعا فان شرب المكره لا يوجب الحد يحد صاحيا فلا يحد حتى
يزول عنه السكر لانه لا يتالم في حال السكر لا يحد بمجرد الريح
بلا اقرار وشهادة لان وجود رائحة الخمر من غير خمر فان
استكثر اكل السفرجل يوجد منه رائحة الخمر وبمجرد التقيئ
فان علم الشرب بان تقيأ الخمر لا يحد بلا اقرار وشهادة
او بمجرد السكر لان السكران من المباح كلبن الرماك لا
يوجب الحد ولا ان يرجع عن الاقرار لانه حق الله تعالى فيعمل
فيه الرجوع من شهد بحد متقادم قريبا من امامه اي يكون
مكان الشاهد قريبا من امامه بحيث يقدر على اداء الشهادة
بغير تاخير حتى لو كان الشاهد بعيدا تقبل شهادته رد قوله

ولم تقبل شهادته لان الاقدام على اداء الشهادة بعد التاخير
والستر يحتمل ان يكون لعدة وعند الشافعي رح تقبل الا في حد
قذف لان فيه حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم وان
شهد بالسرقة المتقادمة ضمن السارق السرقة وان لم
يقطع يده لان المال حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم وان
اقر به اي بالحد المتقادم حد لانه لا تهمة في الاقرار وهو
اي التقادم للشرب بزوال الريح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
ولغيره اي لغير الشرب كالزنا والقذف بمضي شهر هو الاصح
وقيل بمضي ستة اشهر وعن ابي حنيفة رح انه لم يقدر في
ذلك وفوضه اي راي القاضي في كل عصر وعند محمد رح التقادم
للشرب ايضا بمضي شهر وان شهد الشهود بزنى رجل
بفلانة وهي غائبة حد الرجل وان شهد في السرقة من غائب
لا يحد السارق لانه بالغيبة يفوت الدعوى وهي شرط
في السرقة لان الشهادة على السرقة شهادة بملك المسروق
منه للمسروق فلا يقبل بلا دعوى وليست الدعوى بشرط
لثبوت الزنا عند القاضي ونصف حد العبد المراد به الجلد
وانما نصف لمكان الرق المقتضي للكرامات والعقوبات اذا

الجناية عند وقوعها التهمة اغلظ وكفى حد الجنايات اتحد
جنسها اي ان قذف مرات او زنى مرات او شرب مرات
تحد مرة فهو لذلك كله خلافا للشافعي رح بخلاف ما اذا زنى
وقذف وشرب وانه يجب لكل واحد حد واكثر التعزير هو تاديب
دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع تسعة
وثلثون سوطا وقال ابو يوسف رح في رواية يبلغ التعزير خمسة
وسبعين وفي رواية تسعة وسبعين والاصل فيه قوله عليه
الصلوة واله وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ثم
ابو حنيفة رح اعتبر ادنى حد العبيد وهو اربعون حد العبيد فنقص
منه سوطا وابو يوسف رح اعتبر حد الاحرار وهو ثمانون للقذف
فينقص عنه سوطا في رواية وهو قول زفر رح وفي رواية نقص
خمسة قول محمد رح مضطرب في بعض الكتب مع ابي حنيفة رح وفي
بعضها مع ابي يوسف رح واقله ثلث جلدات لان ما دونها
لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه مفوض الى راي الامام
وعن ابي يوسف رح ان التعزير على قدر عظم الجرم وصغرا
وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب القبلة والمس من
الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف وعنه انه يجوز

التعزير باخذ المال وصح حبسه مع ضربه لان الحبس صلح
تعزيرا حتى جاز الاكتفاء به فجاز ان يضم اليه وضربه اي
التعزير اشد لانه جرى فيه التخفيف من حيث نقصان عدد
فلو جرى فيه تخفيف من حيث الخفة لفات المقصود وهو
الزجر ثم للزنا اشد ثم للشرب لان حرمة الزنا لا تنكشف
بحال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والاكراه ولهذا كان
الزنا حراما في كل الاديان بخلاف شرب الخمر ثم للقذف
لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف لا لاحتمال
ان يكون القاذف صادقا في قذفه ولان شارب الخمر قلما يخلو
عن القذف فيصير كل شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق
منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة ولهذا كان ضربه
اخف وانما كان منصوصا عليه وهو اي التعزير بقذف مملوك
عبدا او امة او ام ولد او كافر بزنا لانه جناية قذف وقد
امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وبقذف
مسلم بيا فاسق وهو ليس بفاسق يا كافر يا سارق وهو
ليس بسارق يا مخنث المخنث يدل على تكسير ولين وامثاله
مثل يا خاين بالوطي ويا ابن القحبة وغير ذلك مما يعد عارا

اوعيبا

اوعيبا في العرف لا يعزر بيا حمار فانه يراد به معناه المجازي
اي البليد مثلا فهو امر خلقي وكذا القرد يراد به قبيح الصورة
والكلب يراد به سيء الخلق ففي امثال ذلك لا يعزر وقيل لا
ان يقال لعالم او علوي او رجل صالح ممن هو شريف النفس
فانهم اهل الاكرام فيعزر بها لانهم يخجلون بخلاف الاراذل فانهم
لا يبالون من امثال ذلك ومن حد او عزر ومات هدر
دمه لان الامام مامور بالحد والتعزير فانتقل فعله
الى الامر وهو الله تعالى فصار كان الله تعالى اماته بلا
واسطة وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال وان عزر
زوج عرسه فماتت لا يكون هدرا لانه ليس بمامور بذلك
بل ذلك مباح له والمباحات تتقيد بشرط السلامة كا

كتاب السرقة

المرور في الطريق   السرقة هي في اللغة اخذ الشيء
من الغير خفية واستسرارا اي شيء كان وفي الشريعة
اخذ مكلف اي عاقل بالغ خفية قدر عشرة دراهم مضروبة
من فضة فلو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة
مضروبة لا يجب القطع وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان
المضروب وغير المضروب سواء وعند الشافعي رح ربع دينار

ذهب وعند مالك رح ثلثة دراهم وعن الحسن درهم وعند
اصحاب الظواهر المال غير مقدور بل السرقة يتحقق في القليل
والكثير مملوكا فان اخذ المباح سمي اصطيادا او احتطابا
لا سرقة محرزا فما لا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة بلا
شبهة احتراز عما يكون في الحرز شبهة كما اذا سرق من بيت
ذي رحم محرم بمكان مثل بيت او صندوق او حافظ
كجالس في طريق او مسجد عنده مال فان اقر بها اي بالسرقة
مرة هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما وعند ابي يوسف رح لا يقطع
ما لم يقر مرتين وعنده انه شرط اقرارين في مجلسين مختلفين
او شهد رجلان وسالهما القاضي ما هي اي السرقة فا
نها يطلق على اشياء فان من يستمع الى كلام الغير سرا
او لا يعتدل في الركوع والسجود يسمي سارقا الغرض بيان
انه لا يحتاج الى الخفية في السرقة الكبرى اي قطع الطريق
وكيف هي فيقول كيف كانت هذه السرقة انما يسال عن ذلك
الجواز انه ثبت خارج البيت وادخل يده واخرج المتاع
وفي هذا الوجه لا يقطع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما ومتى هي
وانما يسال عن ذلك الجواز انه تقادم العهد وهو مانع

للقطع

للقطع واين هي وانما يسال عن ذلك الجواز انه سرق
عن غير الحرز او في دار الحرب وكم سرق وانما يسال
عن ذلك ليعلم ان المسروق نصاب ام لا وممن سرق
وانما يسال عن ذلك لان السرقة من بعض الناس كذي
رحم محرم لا يوجب القطع فان قيل لا احتياج الى هذه السوال
لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون با
السرقة منه قلنا يحتمل ان يكون المسروق منه ذو رحم
محرم من السارق والشهود لم يعلموا ذلك فينبغي ان يسالهم
الامام وانما يسال عن هذه الاشياء احتيالا للدرء كما
في الحدود وبيناها اي الشاهدان ان هذه الامور قطع
جزاء لقوله فان اقر فان شارك في سرقة جمع واصاب
كل منهم قدر نصاب السرقة اي عشرة دراهم قطعوا
وعند مالك رح ان سرق جماعة ثلثة دراهم قطعوا وان
اخذ بعضهم المتاع وخرج به اي مع ان الاخذ صدر
من بعضهم فقط قطع الجمع والقياس ان يقطع الاخذ وحده
وهو قول زفر والشافعي رحمهما ونحن نقول ان الاخذ انما
يخرج المتاع بقوتهم فصار والخرجين اخذين معنى

لا يقطع بتافه حشيش حقير يوجد مباحا في دارنا غير مرغوب
فيه كخشب وحشيش وسمك وصيد وقال الشافعي يقطع
بسرقة كل ما يبلغ قيمته نصابا الا التراب والطين وهو رواية
عن ابي يوسف رح ولنا قول عائشة رضي الله عنها كان اليد لا تقطع
على عهد رسول الله صلعم في شيء التافه او ما يفسد سريعا لا يصلح
للادخار والامساك كلبن ولحم وفاكهة رطبة وثمر
على شجر وبطيخ والاصل فيه قوله عليه الصلوة واله وسلم لا
قطع في الثمر والمراد به الثمار الرطبة اجماعا لانه يتسارع
اليه الفساد وكذا لا يقطع عندنا اذا سرق الثمار من رؤس
الاشجار وان صارت ثمرا يبقى وزرع لم يحصد وان كان
عليه حائط لان الاحراز قبل الحصاد لا يتم فان الزرع ترك
للنبات لا للاحراز واشربة مطربة اي مسكرة لان الشراب
ان كان حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان
خمرا القيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف
ومال السرقة يجب ان يكون مالا متقوما اجماعا والات لهو كا
النرد والشطرنج وان كان من ذهب والطنبور وما اشبه ذلك
من الملاهي لان للآخذ ان يقول اخذتها للكسر وصليب

من ذهب

من ذهب هو شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى وعن ابي
يوسف رح ان كان الصليب في مصلي النصارى لا يقطع لعدم الحرز
وان كان في بيت اخر يقطع وباب مسجد لانه ليس بحرز و
مصحف بتاول القراءة والنظر فيه لازالت الاشكال وقع
والقطع لا يجب في الشبهة وفيه خلاف ابي يوسف والشافعي رحمهما
وصبي حر لانه ليس بمال ولو كان المصحف والصبي محليين
لان الحلية تبع وعن ابي يوسف رح ان بلغ الحلية النصاب
يقطع وعبد لا لانه خداع لا سرقة الا العبد الصغير الذي
لا يعبر عن نفسه لانه مال مطلق كسائر الاموال وقال ابو يوسف رح
لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ودفتر لان المقصود ما فيه
وهو ليس بمال ولان الدفتر ان كان شرعيا ككتب التفسير و
الحديث والفقه فهي كالمصحف وان كان شيئا مكروها كالطنبور
الا دفتر الحساب والمراد دفتر مضى حسابه لان
ما فيه لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكاغذ فيقطع ان
بلغ نصابا واختلفوا في كتب الادب فقيل هو ملحق بدفتر
الحساب وقيل كتب التفسير والفقه لان معرفتها يتوقف
عليها وفهد وكلب لان جنسهما يوجد مباح الاصل

وخيانة كما اذا خان في الوديعة او دخل في بيت بالاذن ونهب
هو ان ياخذ الشئ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او
تربة ونبش هو استخراج الشئ المدفون ومنه النباش الذي
ينبش القبر لقوله عليه الصلوة واله وسلم لا قطع على المختفي وهو
النباش بلغة اهل المدينة وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما
عليه القطع ومال عامة كما في بيت المال لانه مال المسلمين وهو
منهم ومال له اي للسارق فيه شركة لان الشركة يورث الشبهة
ومثل حقه حالا او مؤجلا اي من كان له على اخر دراهم مثلا
حالة كانت او مؤجلة فسرق مثلها لم يقطع لان لرب الدين
ان يستوفي جنس حقه اذا ظفر به ولو كان بمزيد اي ان سارق
زيادة على دينه لم يقطع ايضا لانه يصير كالشريك في المسروق
بقدر حقه وان كان خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يباح له
الاخذ وعن ابي يوسف رح لا يقطع وان كان دينه دراهم فسرق
دنانير المديون فالصحيح ان لا يقطع لان النقود جنس واحد
حكما وما قطع فيه وهو بحاله اي من سرق عينا فقطع فيها
فردها الى مالكها ثم عاد فسرقها ثانيا والحال انها لم تتغير
عن حالها لم يقطع وعن ابي يوسف رح والشافعي رح يقطع لقوله

عليه الصلوة واله وسلم فان عاد فاقطعوه ولنا ان القطع يقتضي
سقوط عصمة المحل حقا للعبد لان القطع حق الله تعالى لكونه
جزاء فهو خالص حق الله تعالى كما قال الله تعالى جزاء بما
كسبا نكالا من الله ومن ضرورته تحويل العصمة الى الله تعالى
وسقوط العصمة من جهة العبد بالرد على المالك ان عادت
العصمة بقيت شبهة سقوطها فلا يقطع ولو تغيرت عن
حالها بان سرق غزلا فقطع فرده ثم نسج فسرق ثانيا قطع
لتبديل العين ومال ذي رحم محرم من بيته اما في
الولاد فلا خلاف فيه لان البعضية يوجب المبسوطة في المال
والاخلال بالحرز وفيما عدا الولاد خلافا للشافعي رح فعنده
هذه القرابة ملحقة ببني الاعمام وعندنا بالولاد لان الدخول
على هؤلاء جائز كما في الاولاد فاختل الحرز ولو سرق مال الغير
من بيت ذي الرحم المحرم لا من بيته اما في الولاد فلا خلاف
فيه لان البعضية يوجب المبسوطة في المال والاخلال بالحرز وفيما
عدا الولاد خلاف للشافعي فعنده هذه القرابة ملحقة ببني الا
عمام وعندنا بالولاد لان الدخول على هؤلاء جائز كما في الولاد
فاختل الحرز ولو سرق مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم

الي ما لا يقطع ايضاً لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم
المحرم من بيت غيره يقطع لتحقق الحرز من امه واخته
رضاعا يقطع وعند ابي يوسف لا اذا سرق من امه رضاعا لا
يقطع لانه يدخل عليها بلا استيذان عادة بخلاف اخته
رضاعا ولا من زوج وعرسه فان اخذ الزوجين اذا سرق
مال الاخر لا يقطع وقال الشافعي لا يقطع وقال مالك لو ان سارق
من بيت سوي بيت الذي هما فيه يقطع ولا من سيده
وعرسه اي عرس سيده ولا من سيدته وزوج سيدته
لثبوت الاذن بالدخول عادة فاختل الحرز ولا من مكاتبه
لان للمالك من مكاسب مكاتبه حقا ولا ان سرق الضيف
من مضيفه لاختلال الحرز بالاذن بالدخول ولا من
مغنم لما روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل سرق من المغنم
فدرء عنه الحد وقال له فيه نصيبا وحمام وبيت اذن للناس
في دخوله لاختلال الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار و
الخانات وعن ابي حنيفة لو ان سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام
يقطع وعندهما لا يقطع وهو ظاهر المذاهب وعليه الفتوي
والاصل فيه ان الحرز معتبر لتحقق السرقة ثم المال يكون محرزا

بالمكان تارة وهو كل مكان اعد لحفظ الامتعة فيه كالدور
والبيوت والصناديق والخيام ويكون محرزا بالحافظ تارة
كمن جلس في الصحراء او في الطريق وعنده متاعه فهو محرز
محفوظ به لان هذه المواضع ليست بحرز فصار المال فيها
محرزا بالحافظ وفيما يكون محرزا بالمكان لا يعتبر الاحراز
بالحافظ اذ الحافظ بالمكان فوق الحرز بالحافظ اذا سرق
بالحمام شيء وله حافظ فلا قطع لان الحمام حرز وقد اختل
الاذن بالدخول ولا اعتبار بالحافظ فيه فلا قطع وهذا
بخلاف الحافظ في المسجد فانه لا يقطع فيه لان المسجد ليس
بحرز لانه ما بني للاحراز فاعتبر الحافظ ولان سرق شيئا
ولم يخرجه من الدار لان تمام السرقة باخراج المال من الحرز
والدار كلها حرز واحد وهذا اذا كانت صغيرة بحيث لا
يستغني اهل البيوت عن الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار
كبيرة وفيها مقاصير اي حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان
يستغني اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون
به انتفاع السكة فسرق رجل من مقصورة اخرجها الي صحن
الدار قطع كما سيجيء ولان الاخراج من حرز قد وجد

ونقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناول من هو
خارج من البيت فلا يقطع واحد منهما اما الاول فلانه
لم يوجد منه الاخراج واما اعطي الثاني فلانه لم يوجد منه
هتك الحرز فلم يتم السرقة من واحد منهما وعن ابي يوسف رح
انكان الخارج ادخل يده حتى ناوله الاخر المتاع فالقطع
عليهما وانكان الداخل اخرج يده مع المتاع حتي اخذ منه
الخارج يقطع الداخل في الخارج او نقب فادخل يده في بيت
واخذ المال لانه ليس الحرز علي الكمال لان الهتك ان يدخل
البيت وفيه خلاف ابي يوسف رح او طر اي قطع صرة خارجة
من كم غيره واخذ الدراهم فانه لا يقطع وان ادخل يده في
الكم وطرها واخذها قطع لان الرباط في الوجه الاول من
خارج فلم يوجد هتك الحرز وهو الكم والرباط في الوجه
الثاني من داخل فالطر يتحقق هتك الحرز باخراج المال
من الكم ولو حل الرباط يقع في الوجه الاول لان الدراهم يبقي
في الكم بعد حل الرباط فيتحقق هتك الحرز بالاخراج منه
وفي الوجه الثاني لا يقطع لانه داخل الرباط يبقى الدراهم
خارجة من الكم فلم يوجد اخراج المال من الحرز وانما

اخذه من خارج الكم فلا يقطع وعن ابي يوسف رح انه يقطع
في الوجوه كلها او سرق جملا من قطار او حملا فانه لا يقطع
سواكان معه سايق يسوقه او قايد يقوده او لا لان المقصود
القايد والسايق القود والسوق دون الحفظ فقطع ان حفظه
ربه او نام عليه لان الحرز يثبت بالحافظ اذاكان قاصدا
للحفظ والنوم عليه حفظ وكذا ان نام بقربه او شق الحمل
واخذ شيئا فان الجوالق في هذا حرز او ادخل يده في
صندوق او كم واخذ المال فان الصندوق والكم حرز
فيقطع او اخرج من مقصورة دار فيها مقاصير الي صحنها
كما ذكرنا والمراد موضع كمدرسة ونحوها فيها حجرات يسكن
في كل منها انسان لا تعلق له بالحجرة الاخرى لا الدار التي
صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه او سرقه
صاحب مقصورة من اخري من هذه الدار او نقب اللص بيت
فدخل والقى شيئا في الطريق ثم خرج واخذ فان هذا معتاد بين
السراق لتعذر الخروج مع المتاع او التفريغ يده فيمكنه اسد
فاع رب المال وان لم ياخذ من الطريق لا يقطع خلافا للشافعي رح
او حمله علي حمار فساقه واخرجه لان السير الدابة مضاف

الي سابقها وعند زفر رح لا قطع في الالقاء والحمل مال
يقطع يمين سارق من زند هو عظم الساعد وعند الخوارج
يقطع من المنكب ويحسم الحسم ان يجعل يده بعد القطع في الدهن
الذي اغلي ثم يقطع رجله اليسري ان عاد الي السرقة فان عاد
وسرق ثالثا لا يقطع يده بل يحبس حتي يتوب ويعزر ايضاً
وعند الشافعي رح يقطع يده اليسري في المرة الثالثة ورجله اليمني
في المرة الرابعة وشرط القطع خصومة المالك وطلبه المال
ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا لابن ابي ليلي فيهما
لان خالص حق الله تعالي والشافعي في الاقرار لان الشهادة
تبتني علي الدعوي في المال بخلاف الاقرار ولنا الخصومة شرط
ظهور السرقة لانها جناية اخذ مال الغير ما لم تثبت الجناية
علي مال الغير الا بخصومة او خصومة ذي يد حافظ كالمودع
ونحوه مثل الغاصب وصاحب الربوا كما اذا باع دينارا بدينارين
وقبضهما فسرقا من يده والمستاجر والمستعير والمضارب و
المستبضع والقابض علي سوم الشري والمرتهن وكل من له يد حافظة
سوي المالك كالاب والوصي ومتولي الوقف والوكيل ويقطع
بخصومة المالك في سرقة من هؤلاء وعند زفر والشافعي رح لا يقطع

هؤلاء ما لم يحضر المالك وما قطع به ان بقي رد علي صاحبه والا
اي وان لم يبق بان هلك لا يضمن وان استهلكه السارق فكذلك
في رواية ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وفي رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح يضمن وقال مالك رح ان كان السارق ذا مال يضمن
في الحال والا لا يضمن وقال الشافعي رح يضمن السارق الهالك المال
او استهلك فعندنا القطع مع الضمان لا يجتمعان وعند الشافعي رح
يجتمعان لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا اذ محل
القطع اليد ومستحقه الحق وسببه الجناية علي حق الله تعالي وهو
ترك الانتهاء عما نهاه عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق
منه وسببه اثبات اليد علي مال الغير علي وجه العدوان فوجب
احدهما لا يمنع وجوب الاخر ولنا ما روي عنه عليه الصلوة
والسلام لا غرم علي سارق بعد ما قطعت يمينه ولان القطع
خالص حق الله تعالي فلا يجب الا بجناية واقعة علي حقه
تعالي خالصا فتنتقل عصمة المال الي الله تعالي ولا يبقي معصوما
حقا للعبد لان العصمة متحدة فاذا تحولت الي الله تعالي لم يبق
للعبد والتحق في حق العبد بما لا قيمة كالخمر فلا يضمن ومن
اي مسلم او ذمي خرج لقطع الطريق علي معصوم مسلم او ذمي

او ذمي حتى لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع فاخذ
قاطع الطريق قبل اخذ مال وقتل نفس حبس بعد ما
عزر حتى يتوب ويظهر فيه سيماء الصالحين وان اخذ
المال من مسلم او ذمي جماعة نصيب كل واحد اذا قسم المال
نصاب اي عشرة دراهم فصاعدا قطع يده ورجله من خلاف
يعني اليد اليمين والرجل اليسرى لئلا يفوت جنس المنفعة و
ان قتل بلا اخذ مال قتل حدا حتى لو عفى الاولياء لم يلتفت
الى عفوهم لانه حق الله تعالى وعند الشافعي الواجب قصاص
وان قتل معه اي اخذ مال قتل اي افتاء الامام قتله من
غير قطع او صلب من غير قطع ايضا او افتاء قطع يده و
رجله من خلاف ثم قتل او صلب حيا مع قطع ايضا وقال
ابو يوسف ومحمد يقطع او يصلب لا يقطع وعن ابي يوسف
انه ليس للامام ان يدع الصلب وعنه انه يترك على خشبة
كذلك حتى ينقطع فيسقط الجهاد هو مصدر
جاهدت العدو اذا قابلته في تحمل الجهد او بذل كل واحد
جهده اي طاقته في دفع صاحبه ثم غلب في الاسلام على قتال
الكفار ونحوه لما فيه من المجاهدة مع المخالفين لاعزاز الدين

وهدم قواعد المشركين ويقال كتاب السير جمع سيرة وهي الطريقة
وسمي بها هذا الكتاب لانه بين فيه سيرة المسلمين في المقابلة مع الكفار
الجهاد فرض عين ان هجم الكفار على بلد وصار النفير عاما ولا
يتهيا دفعهم الا بقتال المسلمين جميعا فيجب على جميع الناس الدفع
فيخرج المراة بلا اذن زوجها والعبد بلا اذن سيده وان هجم
الكفار على ثغر من الثغور يصير فرض عين على من كانوا بقريب
منه وهم يقدرون على الجهاد واما على من وراءهم فلما بلغ
الخبر يصير فرض عين عليهم اذا احتيج اليهم بان حق على من
يقرب منه انهم عاجزون عن المقاومة او بان لم يعاجز
ولكن كاسلوا اثم وثم الى ان يصير فرض عين على جميع اهل الاسلام
شرقا وغربا وفرض كفاية بدءا اي ابتداء وان لم يقاتل الكفار
ان قام به بعض من المسلمين سقط عن الباقين والا اي للمه
يقم بالقتال بعض المسلمين اثموا اي كل المسلمين وهذا كصلاة
الجنازة ورد السلام ان قام به البعض سقط عن الكل والا اثم
الكل لا يجب على صبي لسقوط التكاليف عنه ولا على عبد وامراة
لاشتغالهما بخدمة المولى والزوج وحقهما مقدم على
حق الشرع لحاجتهما وغناه واعمى ومقعد واقطع لعجزهم

فنحاصرهم اي الكفار وندعواهم الي الاسلام والدعوة في
ابتداء الاسلام كانت فرضا والان من قبيل الاستحباب لا
نتشار الدعوة فان ابوا عن قبول الاسلام فالي اداء
الجزية ندعوهم وهذا في حق من يقبل منهم الجزية كاهل الكتاب
والمجوس وعبدة الاوثان من العجم فاما المرتدون وعبدة
الاوثان من العرب فلا يقبل منهم الجزية فيقاتلهم الي ان يسلموا
فان قبلوا الجزية فلهم ما لنا وعليهم ما علينا لا يراد هذا الحكم
علي العموم حتي يدل علي انه يجب عليهم من العبادات وغيرها
ما يجب علينا بل يراد انه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم اذا تعرضنا
لدمائهم واموالهم او تعرضوا لدمائنا واموالنا ما يجب لبعضنا
علي بعض عند التعرض فان قبل قبول الجزية كنا نتعرض لدمائهم
واموالهم ويتعرضوا لدمائنا واموالنا فقبلوا الجزية ليس الا لزوال
هذا التعرض وان ابوا عن قبول الجزية نقاتلهم ونحاربهم
بما يهلكهم من الضرب والرمي ونصب المنجنيق وغير ذلك
قطع شجرهم وافساد زرعهم وخرب بيوتهم وارسل عليهم
الماء بلا غدر هو الخيانة ونقض العهد فان قيل ينبغي
ان يجوز الغدر لقوله عليه الصلوة والسلام الحرب خدعة قلنا

المراد ان الحرب ما دامت قائمة يجوز الخدعة بان يريهم
الامام ان لا يحاربهم فيه اوينذهب الي جانب اخر فياتيهم
فجاة او بياة ونحو ذلك اما اذا جري بيننا وبينهم اقرار ان
لا يحارب في هذا اليوم حتي امنوا فانه لا يجوز المحاربة لان هذا
استيمان وعهد فالمحاربة نقض العهد وهذا ليس من باب
الحروب بل خداع في حال السلم فيكون غدرا ولا غلول كاهو
السرقة من المغنم ومثلة هي اسم من مثل به بمثل اي نكل
ومعناه جعله نكالا وعبرة لغيره مثل قطع الاعضاء وتسويد
الوجه يقال مثل بالقتل اي قطع انفه وبلا قتل عاجز عن القتال
كصبي ومجنون وامراة وشيخ فان ومقعد واعمي ومن قاتل
من هؤلاء يقتل وعند الشافعي بر يقتل الشيخ الفاني والمقعد
والاعمي الا امراة ملكة ليتعدي ضررها الي المسلمين او ذا راي
اي في الحرب اذ الاستعانة بالراى فوق القتال او ذا مال
بحيث الكفار به اي بماله علي الحرب وبلا قتل اب كافر بدا
وان قصد الاب قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس بقتله
وهكذا في الام والجد فلو كان الكافر خاله يجوز ان يبدا
بقتله وبلا اخراج مصحف وامراة في سرية لا يؤمن عليها

فربما يقعان في ايدي الكفار فيكون سببا للاستمتاع با
المراة والاستخفاف في المصحف الا في جيش عظيم يومن عليه
لان الغالب هو الظفر والنصرة ولو دخل عليهم مسلم بامان
لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا اوفين بالعهد واذا
راي الامام ان يصالح اهل الحرب فصالحهم ان كان الصلح خيرا
بان كان بالمسلمين ضعف وبالكفار شوكة ويصالحهم با
المال عند الحاجة اما اذا لم يكن حاجة لم يجز وينبذ الصلح
ان كان هو اي الصلح النبذ انفع للمسلمين ويقاتلهم قبل نبذ
الصلح ان خانوا الا انهم صاروا ناقضين للعهد بالخيانة
وصولح المرتد ولكن بلا اخذ مال لان اخذه تقرير للمرتد
علي ذلك وهو لا يجوز وان صالح المرتد بمال واخذ المال منه
لا يرد عليه لان في الرد معونة له ولا يباع سلاح وحديد
خيل منهم اي من اهل الحرب ولو كان البيع بعد صلح معهم
وصح امان حر وحرة كافرا او جماعة واهل حصن ومدينة
فلم يجز لاحد من المسلمين قتالهم فان كان الامان شرا
للمسلمين نبذ الامام الامان واديب الامن لافتياته علي الامام
ولغي امان الذمي لانه متهم فيميل اليهم واسير في ايدي الكفار

وتاجر معهم

وتاجر معهم اي مع الكفار لانهما مقهوران في ايديهم
فيخلو الامان عن المصلحة ظاهرا ومن اسلم ثمة ولم
يهاجر الينا بعد الاسلام وكذا لغي امان صبي عاقل و
عبد محجورين عن القتال هذا عند ابي حنيفة رح وقال والشافعي رح
يصح امان الصبي العاقل والعبد وابو يوسف مع محمد رح في
رواية الكرخي ومع ابي حنيفة رح في رواية الطحاوي ومجنون
وكذا صبي لا يعقل في المغنم وقسمته ما فتح عنوة
هو مصدر الغالي اذا ذل وخضع الاسم العنوة ومنها
فتح مكة عنوة اي بالقتال لا بالصلح قسمة الامام ان شاء
بين الجيش بعد ما خمسه او ان شاء اقر اهله عليه ومن
عليهم بتركهم احرار الاصل وترك الاراضي مملوكة لهم
بجزية علي رؤوسهم وخراج اراضيهم وقال الشافعي رح
له ذلك في الرقاب ولكنه يقسم الاراضي ولا يتركها في
ايديهم بالخراج وقتل الاسراي او استرقهم ان شاء
او تركهم احرارا ان شاء ذمة لنا اي ليكونوا اهل ذمة
لنا ونفي سنهم المن ان يترك الاسير الكافر مجانا من
غير ان ياخذ منه شيئا وفيه خلاف الشافعي رح وفداهم

ورد هم الى دارهم الفداء ان يترك الاسير ويأخذ منه
مالا او اسيرا مسلما منهم في مقابلته فالفداء قبل ان يضع
الحرب اوزارها يجوز بالمال لا بالاسير المسلم وبعده لا يجوز
بالمال باجماع علمائنا وبالنفس لا يجوز عند ابيحنيفة رح وعند
محمد رح يجوز وعن ابييوسف رح روايتان وعند الشافعي رح يجوز
مطلقا ونفي قسمة مغنم ثمه اي في دار الحرب وقال الشافعي رح
لا باس بقسمته في دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين وهذا
بناء على الاصل وهو الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار
الاسلام عندنا وعنده يثبت الا ايداعا بان قسم المغنم بين
قسمة ايداع ليحملوه الى دار الاسلام فياخذ منهم ويقسمه
بينهم والردء اي القوم الذين وقفوا على مكان حتى اذا نزل
مقابلة القتال قاتل اولئك وقيل الردء العون وقيل يخدم
المقاتلين ومدد لحقهم اي المقاتل ثمه اي في دار الحرب قبل
ان يخرجوا المغنم الى دارنا كمقاتل اي يشاركه فيه اي في المغنم
خلافا للشافعي رح في احد قوليه يسهم له ولا من مات اي
من المقاتلين ثمه اي في دار الحرب فلا حق له في المغنم وعند
الشافعي رح من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه ويورث

قسط

قسط مغنم من مات من المقاتلين ههنا اي في دار الاسلام لان
الارث انما يجري في الملك والملك انما يثبت بعد الاحراز بدارنا
وحل لنا ثمه اي في دار الحرب من المغنم طعام كالخبز واللحم و
دهن يدهن به ويوقح به الدابة وعلف لدوابنا وحطب سواء
كان بها حاجة اولا وحل لنا في دار الحرب سلاح به حاجة
بان لم يكن لنا سلاح او انقطع سلاحنا لا يحل هذه الاشياء
بعد الخروج منها اي من دار الحرب ومن اسلم من اهل الحرب
ثمه اي دار الحرب عصم بالاسلام نفسه لان الاسلام عاصم
وطفله لانه صار مسلما تبعا وما لا معه وفي يده او مالا اودعه
معصوما اي وضعه امانة عند مسلم او ذمي ويقسم الامام المغنم
فيفرقه خمسة اولا ويقسم ما وراءه اي اربعة الاخماس بين الغانمين
فيكون للفارس سهمان عند ابيحنيفة رح وعند صاحبيه
والشافعي رح للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهم واحد ويعتبر
في الاستحقاق سهم الفارس او الراجل وقت مجاوزة الدرب
هو الباب الواسع على السكة والمضيق من مضايق الروم والمراد
ههنا مدخل دار الحرب لا شهود الوقعة وعند الشافعي رح
يعتبر شهود الوقعة فمن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه

اسحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشتري فرسا
وقاتل فرسا اسحق سهم راجل وعند الشافعي رح الجواب علي
العكس في الفصلين والخمس اي خمس المغنم يقسم علي ثلثه اسهم
يعطي لليتيم والمسكين وابن السبيل وقدم فقراء ذوي القربي
عليهم اي علي الباقين من الاصناف الثلثة يعني يدخل ايتام ذوي
القربي في سهم اليتيم ويقدم علي باقي الايتام وكذا مساكين
ذوي القربي وابن السبيل منهم ولا شي من الخمس لغنيهم
اي ذوي القربي وعن الشافعي رح يقسم الخمس علي خمسة اسهم
سهم لرسول الله صلي الله عليه وسلم في حيوته وبعده
تصرف سهمه اي الخليفة وسهم لذوي القربي يستوي
فيه غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
والباقي للفرق الثلث ومن دخل دارهم واغار خمس اي ان دخل
جماعة لها منعة دار الحرب واخذ واشيا خمس وان لم ياذن
لهم الامام لانه وان لم ياذن لهم يجب عليه نصرهم كما اذا
اذن لهم مكان ما اخذوا بالجهاد فيخمس لا يخمس من لا
منعه له ولا اذن اي اذا دخل الواحد او الاثنين دار الحرب بلا
اذن الامام واخذ الواحد او الاثنان شيا لم يخمس وقال

الشافعي رح يخمس ولو دخل باذن الامام فعنه روايتان ويخمس
في المشهور لانه لما اذنه الامام التزم النصرة فكان بقوة الامام
وللامام ان ينفل التنفيل اعطاء شي زايد علي سهم الغنيمة
التركيب وما يدل علي الزيادة وقت القتال ويحرض علي القتال
وقال الشافعي رح لا يصح التنفيل الا في الخمس فيجعل لاحد من
المقاتل شيئا زايد علي سهم الغانمين كالسلب فيقول
من قتل قتيلا فله سلبه ونحوه اي نحو السلب كان يقول
لسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس اي بعد رفع الخمس جعلت
لكم الربع الباقي او ثلثه او نحو ذلك والسلب في اللغة
المسلوب وعند الفقهاء مركبه اي مركب المقاتل وما عليهما
علي المركب والراكب المقتول من ثيابه وسلاحه وماله
وكذا ما علي مركبه من السرج وغير ذلك في
الاستيلاء الكفار واذا غلب بعض الكفار كالترك مثلا
علي بعض الكفار كالروم فسبوهم واخذوا اموالهم
يملك بعض الكفار بعضا اخر واموالهم بالاستيلاء وكذا
ان غلب علينا الكفار واخذوا اموالنا واحرزوها
بدارهم ملكوا اموالنا بالاستيلاء والاحراز بدارهم

وقال الشافعي رح لا يملكونها لا يملك الكفار حرنا وتوابعه
كالمدبر والمكاتب وام الولد ولا يملكون عبدنا الابق اذا
دخل دارهم واخذوه عند ابي حنيفة رح وعندهما يملكونه
لان الاستيلاء ورد على محل قابل للتملك فيثبت الملك فيه
كدابة ندت اليهم واخذوها ولابي حنيفة رح ان سبب الملك
الاستيلاء ولم يوجد لان للعبد يدا على نفسه لانه ادمي سقط
اعتبار يده على نفسه لحق سيده فاذا زالت يد سيده بانفصاله
عن دارنا ظهر يده على نفسه فدفعت يده بثبوت يد الكفار عليه
فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت الملك بخلاف الدابة لانه
لا يد لها على نفسها ونملك بهما اي بالاستيلاء والاحراز بدارنا
حرهم لان الشرع اسقط عصمة الكفار جزاء على كفرهم ونملك
اموالهم لان الاستيلاء على المباح سبب الملك ومالهم غير
معصوم بسبب كفرهم وان غلبنا عليهم بعد ما ظهروا علينا و
اخذوا اموالنا واحرزوها بدارهم فكل وجد منا ماله اخذه
بلا شيء ان لم يقسم المال بين جيشنا الغانمين واخذ با
القيمة ان قسم انما فرقنا بين الحالين لان المالك القديم
يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه وبعد القسمة من وقع

المال

المال في نصيبه يتضرر بالاخذ منه مجانا لانه استحق عوضا
عن سهمه في الغنيمة فقلنا بحق الاخذ بالقيمة دفعا
للضرر من الجانبين وقبل القسمة الملك فيه للعامة فلا يصيب
كل فرد منهم ما يبالي بفوته فلا يتحقق الضرر واخذ بالثمن
ان شراه اي للعبد الابق منهم اي من الكفار تاجرنا في
دار الحرب واخرجه الى دارنا وعبد لهم اي للكفار اسلم
ثمه اي في دار الحرب فجاءنا او ظهرنا عليهم عتق اصله ما
روي ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم حين حاصر الطائف
خرج جماعة من عبيدهم اليه ثم جاء مواليهم واسلموا
وطلبوا من رسول الله صلعم ان يردهم عليهم فقال صلى الله
عليه واله وسلم هم عتقاء الله كعبد مسلم شراه كافر مستامن ههنا
اي في دار الاسلام وادخله اي العبد دارهم اي في دار الكفار
فانه معتق عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يعتق لان الواجب ان
يجبر المستامن على بيعه وقد زال الاجبار اذ لا يد لنا عليهم
فبقي عبدا في ايديهم وله انه اذ زالت ولاية الاجبار اقيم الاعتاق
مقامه تخليصا للمسلم عن ايدي الكفار ولا يتعرض تاجرنا
ثمه لدمتهم واموالهم اي اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا لم

يحل له ان يتعرض بشيء من دمائهم واموالهم لان المسلمين
عند شروطهم وقد شرط بالاستيمان ان يتعرض لهم فا
التعرض عذر الا اذا اعذروا واخذ ملكهم ماله اي مال
تاجرنا او اخذ غيره اي غير الملك بعلمه اي بعلم الملك
ولم يمنعه الملك وحينئذ يجوز لتاجرنا تعرضهم لانهم بدا
بنقض العهد والغدر ردما اخرجه تاجرنا بطريق التعرض
بعدما دخل دارهم بامان ملكه لورود الاستبداد على ما
لكن حراما لحصوله بسبب الغدر فيتصدق به اي بما اخرجه
واذا دخل الينا مستامنا لم يمكن حربي ان يقيم ههنا اي
في دار الاسلام سنة وللامام ان يوقت في ذلك مادون
السنة كالشهر والشهرين وادني الاوقات غير مقدر بل
هو موكول الى راي الامام وقيل له اي للحربي ان اقمت ههنا
سنة وادني منها على ما وقت له مفوض الامام يضع عليك
الجزية هي اسم لما يوخذ من الذمي يقال جزا بمعنى قضى ومنه
الجزية لانها تجزي عن الذمي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها
سقط عنه القتل فان رجع قبل المدة فبها وان اقام سنة وما
وقت الامام فهو ذمي ولا يترك ان يرجع الى دار الحرب لانه لما

صار ذميا بالاقامة لا يمكن نقض الذمة ولا تغير ضريبة وضعت
بصلح الجزية على ضربين ضرب يوضع عليهم وتراض فيقدر بحسب ما
يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدي الامام وضعها اذا غلب على
الكفار واقرهم على املاكهم واذا غلبوا واقروا على املاكهم يوضع
على كتابي ومجوسي هو ليس من اهل الكتاب ولذا لا يوكل ذبيحته
وانما اخذ الجزية منه لانه من العجم ووثني عجمي فيه خلاف الشافعي
فانه لا يوضع عليه الجزية بل يسترق ظهر غناه اي غني كل من المذكورين
وظاهر الغني هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل وقيل
هو الذي يملك عشرة الاف درهم فصاعدا لكل سنة ثمانية
واربعون درهما في كل شهر اربعة دراهم ويوضع على المتوسط
الحال هو الذي له مال لا يستغني بماله عن العمل وقيل الذي
يملك مائتي درهم فصاعدا نصفها اي اربعة وعشرون درهما
في كل شهر درهمان ويوضع على فقير يكسب اكثر من حاجته
ولا مال له وقيل الذي يملك مادون المائتين او لا يملك شيئا
ربعها اي اثني عشر درهما في كل شهر درهم وقال الشافعي يوضع
على كل حالم دينارا وما يعدل الذ ويستوي فيه الغني والفقير
لا يوضع الجزية على وثني عربي لان كفرهم اغلظ فان النبي صلى الله عليه وسلم

كان منهم نسبا والقرآن نزل بلغتهم فكانوا احق الناس باتباع
النبي واعرف بمعاني القرآن واعلم ببلاغته واعجازه فكانت
الحجة عليهم الزم فان ظهر عليه اي على الوثني العربي وطفله وعرسه
فيء يقسم بين الغانمين ولا على مرتد لانه نال شرف الاسلام
ووقف على محاسنه فيكون كفره اغلظ ايض فلا يقبل منهما اي
من وثني عربي ومن مرتد الا الاسلام او انقياد السيف زيادة
في عقوبة وعند الشافعي يسترق عبدة الاوثان من العرب
ولا يوضع الجزية على راهب لا يخالط الناس لانه لا يجوز قتله
اذا لم يخالط والجزية في حقه بدل من القتل وذكر محمد عن ابي حنيفة
انه يوضع عليه اذا كان يقدر على العمل وهو قول ابي يوسف
ولا على صبي وامراة ومملوك واعمي وزمن لانه لا يقتل هؤلاء
والجزية بدل عن القتل ولا على فقير لا يكتسب خلافا للشافعي
وسقط الجزية بالموت والاسلام اي ان مات الكافر او اسلم بعد
مضي السنة قبل ان يوخذ منه الجزية سقط عنه ولا يستوفى
من تركته وعند الشافعي ان اسلم بعد كمال السنة لم يسقط عنه
وان اسلم قبل السنة فله وجهان وان مات كافرا استوفي من تركته
ويتداخل الجزية بالتكرار اي اذا مرت على ذمي سنون ولم يوخذ

منه الجزية لم يجب الا جزية واحدة باعتبار السنة التي هو فيها
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب الجزيات كلها ولا يجوز
ان يحدث بيعه ولا كنيسة في دارنا يقال كنيسة اليهود والنصارى
الدهم وكذلك البيعة مطلقا في الاصل وان غلب استعمال
الكنيسة المتعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى ولهم اي
للذميين اعادة المنهدم من البيعة والكنيسة الا اذا اردوا
ان يبنوا اوسع من الاول فحينئذ يمنعون من الزيادة و
ميز الذمي عن المسلمين في زيه ومركبه وسرجه وسلاحه
وقلنسوته فلا يركب خيلا ولا يعمل بسلاح لاظهار الصغار
على ذمته واصله ان الله تعالى وصف ذمي بصغار حيث قال يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار الذل المتناهي فلا بد
من اثار الذل عليه ويظهر الكستيج هو خيط غليظ بقدر
الاصابع من الصوف يشده الذمي على وسطه وهو غير الزنار
من الابريشم لان اهانة ذمي تتفسل اعلامة مقصودا ولا
اهانة فزنار من الابريشم لان الذمي يتجمل به ويركب على سرج
كالاكاف في الهيئة وميزت نساءهم عن نسائنا في الطريق
حالة المشي وفي الحمام ويعلم على دورهم علامات تتميز لها عن

دور المسلمين لئلا يقف عليها سائل يستغفر لهم ويكون

ذلك للمسلمين قال مشايخنا الاحق ان لا يتركوان يتركبوا

الا عند الضرورة كالخروج الي الرستاق ويمنعون عن لباس

يختص به اهل العلم والشرف والزهد كالرداء والعمامة

ويكون مكاعبهم علي خلاف مكاعبنا خشنة فاسدة اللون

غير مزينة تحقير لهم وتعظيما للدين واهله ومصرف

الجزية والخراج وما اخذ منهم اي من اهل الحرب بلا

قتال وضرب مثل الارض التي اجلوا عنها اهلها وما

اهدي اهل الحرب الي الامام مصالحنا خبر لقوله مصرف

الجزية كسد ثغور هو موضع المخافة القضاة والعمال والمقاتلة

وذريتهم لان هذا مال بيت المال وصل الي المسلمين بغير

قتال وهو معد لمصالح المسلمين ومن ارتد والعياذ

بالله عن الاسلام عرض الاسلام عليه لرجاء العود

اليه فالعرض غير واجب لانه كافر بلغته الدعوة وتجديد

الدعوة في مثله مستحب وان كانت له شبهة كشفت شبهته

لان الظاهر انه اعتراه شبهة ارتد لاجلها فعلينا ازالتها

فان استمهل يمهله الامام وحبس ثلثة ايام لا يزيد علي

هذا لانه لا يرتد الا بالشبهة ظاهر فيجب الامهال عند الاستمهال

واذا لم يطلب التاجيل يقتله في ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر

عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يستحب للامام ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك

او لم يطلب وقال الشافعي رح يجب علي الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له

ان يقتله قبل ذلك فان تاب فيها اي في الخصلة الحسنة اخذ والا

اي وان لم يتب قتل وهي اي توبته بالتبري عن كل دين سوي الاسلام

بعد الاتيان بكلمة الشهادة او التبري عما انتقل اليه لحصول

المقصود وقتله قبل العرض للاسلام عليه ترك ندب كما ذكرنا

بلا ضمان علي القاتل لانه يستحق القتل بالارتداد ويزول ملكه

اي ملك المرتد عن ماله بسبب ردته زوالا مرتوقا الي ان يتبين

حاله فان اسلم عاد ملكه علي حاله هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما

لا يزول ملكه بل يبقي ملكه الي ان يقتل وان مات او قتل علي

ردته او الحق بدارهم اي بدار اهل الحرب وحكم به اي بالحاقه

بدار الحرب استقر كفره وعتق مدبره وام ولده وحل دين عليه

قال الشافعي رح يبقي ماله موقوفا بعد لحاقه كما انه كان قبل اللحاق

وكسب حال اسلامه لوارثه المسلم واختلف الروايات عن ابي حنيفة

فيمن يرث المرتد روي الحسن عنه ان من كان وارثا له وقت ردته

وبقي الي موته يرث ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو اسلم
بعض ورثته بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية وروي ابو يوسف
عن ابي حنيفة رح انه يعتبر وجود الوارث الى وقت الردة ثم لا يبطل
استحقاقه بموته قبل موت المرتد وروي محمد عن ابي حنيفة
انه يعتبر من يكون وارثا له حين مات او قتل سواء كان موجودا
عند الردة او حدث بعدها وكسب حال ردته فيئ هذا عند ابي حنيفة رح
وقالا كلاهما لوارثه المسلم وقال الشافعي رح كلاهما فيئ وقضى دين
كل حال من الاسلام والردة من كسب تلك الحال اي دين حال
الاسلام يقضي كسبه حال الاسلام ودين حال الردة من كسبه
حال الردة وعن ابي حنيفة رح انه يبدا بكسب الاسلام فان لم يف به
يقضي من كسب الردة وقال يقضي ديونه من كسبه وبطل نكاحه
وذبحه لان حل بهما معتمد الملة ولا ملة له وصح طلاقه لان
النكاح لا تنفسخ بالردة فيكون المراة معتدة فان طلقها يقع
واستيلاده يعني ان امة المرتد اذا ولدت فادعى نسبه يثبت نسب
هذا الولد منه وكانت الامة ام ولد له وتوقف بيعه وشراؤه
وبان معاملاته كهبته واجارته وتدبيره وكتابته ووصيته و
مفاوضته والحاصل ان تصرفات المرتد انواع نافذ اتفاقا كقبول

الهبة والاستيلاد والطلاق باطل اتفاقا كالنكاح والذبح و
موقوف كولاية على اولاده الصغار والمفاوضة ومختلف في
توقفه كالبيع والشراء والاجارة والعتق والتدبير والكتابة
والوصية وقبض الدين فعند ابي حنيفة رح يتوقف هذا النوع
من التصرف وان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق بدار
الحرب وحكم به بطل وعندهما ينفذ هذه التصرفات عند ابي يوسف
ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من كل المال وعند محمد رح
ينفذ من المريض حتى يعتبر تبرعاته من الثلث فان لحق المرتد
وجاء الي دار الاسلام مسلما قبل حكمه بلحاقه فكانه لم يرتد
حتى لا يعتق مدبره وام ولده ويضمن وارثه ما اتلف من ماله
وان جاء مسلما بعده اي بعد الحكم بلحاقه وماله موجود بعينه
مع ورثته اخذه اي ماله واما ما ازاله الوارث عن ملكه
او اتلفه فلم يضمنه ولا تقتل امراة مرتدة حرة كانت او امة
لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهي عن قتل النساء وقال الشافعي رحه
يقتل ان لم تسلم ولكن على الاسلام وتحبس حتى تسلم وروي
الحسن عن ابي حنيفة رح انها تخرج في كل يوم ويضرب تسعة و
ثلثين سوطا حتى تموت او تسلم وصح تصرفها اي تصرف المرتدة

في مالها من البيع والشراء والهبة وغير ذلك وكسبها اي كسب الاسلام
وكسب الردة لورثته لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء وصح
ارتداد صبي يعقل ويقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى
ونبوة محمد صلى الله عليه وآله وسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى
يبطل نكاحه ويحرم عن الميراث وصح سلامه في احكام الدنيا
والاخرة حتى لا يرث ابويه اذا كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده
ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه
ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد ولنا ان عليا رضي الله عنه
اسلم غلاما ما بلغت وان حلم وقيل اول من اسلم من الرجال
ابو بكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنه
ويجبر الصبي العاقل عليه اي على الاسلام ولكن لا يقتل على الصبي
ان ابى عن الاسلام وان بلغ كافرا

في البغاة جمع باغ من
البغي وهو الظلم وفي الشرع قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الامام
فيدعوهم الامام الى العود الى جماعة المسلمين ويكشف شبهتهم فان
تحيزوا مجتمعين اي انحازوا ومالوا الى فيئة من المسلمين ليستعينوا
بهم واجتمعوا واتخذوا حيزا ومكانا حل لنا قتالهم ابتداء
خلافا للشافعي رح لانه لا يحل قتل المسلم الا دفعا ولنا ان خروجهم

على الامام معصية والقيام بنهي عن المنكر فيقاتلهم وان لم يبدؤا
ويجهز يقال اجهز على الجريح اي اتم قتله على جريحهم دفعا للشر
وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك ونتبع موليهم ان كان لهم فئة
وفيه خلاف الشافعي رح ايضا وان لم يكن لهم فئة لا يجهز على
جريحهم ولا يتبع موليهم لانه لا يخاف ان يلحق بالفئة فلا
ضرورة الى قتله بل لا يقتله لكونه مسلما ولا يسبى ذريتهم ولم يقسم
مالهم ولا يرد عليهم بل يحبس مالهم الى ان يتوبوا الحبس ليرد
عليهم ويستعمل سلاحهم وخيلهم عند الحاجة خلافا للشافعي رح
له انه لا يحل الانتفاع بمال المسلم بدون رضاه ولنا انهم اذا
احتاجوا الى سلاح اهل العدل فلهم ان ياخذوا احتاجوا
اهل البغي اولى ان ياخذوا وباغ قتل عادلا ان ادعى حقيته
وقال كنت على الحق حين قتلت وانا الان على الحق يرثه وان قال
كنت على باطل يوم قتلته لا يرث وقال ابو يوسف والشافعي رح لا يرث
الباغي في الوجهين كعكسه اي كما اذا قتل العادل الباغي فانه يرث
ولا يجب شيء بقتل باغ مثله اي باغيا آخر فانا اذا ظفرنا عليهم لم
يجب شيء

الجناية ما يجتنبه من شر اي يحذره
ويكسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام في كل ما

يقبح ويسوء الا انه خص بما يحرم من الفعل سواء كان في مال
او نفس وفي اصطلاح الفقهاء مطلق اسم الجناية على
الفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال فمخصوص
باسم الغصب والسرقة القتل على خمسة اوجه عمد وشبه
عمد وخطاء وجار مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد بيان
انواع القتل بغير حق ومما يتعلق به الاحكام كالقصاص
والدية والكفارة وغير ذلك فاما القتل من حيث هو
فاكثر من خمسة كالقتل قصاصا ورجما وقتل الحربي وقتل
قطاع الطريق وغير ذلك والقتل العمد ضربه قصدا بما
يفرق الاجزاء سواء كان سلاحا كالسيف والسكين او لم
يكن سلاحا نحو الابرة كنار فانها تعمل عمل السلاح في البضع
وتفريق الاعضاء ومحدد متخذ من الحديد او الحجر او غير
ذلك ولو كان المحدد متخذا من خشب او ليطة القصب
اي قشرة فان المراد بالعمد القصد الى القتل وهو باطن لا
يعرف الا بدليله ودليله استعمال آلة قاتلة عادة وهذا
عند ابي حنيفة رح وعندهما وعند الشافعي رح العمد ضربه قصدا
بما لا يطيقه البنية حتى ان ضربه بحجر عظيم او خشب عظيم فهو

عمد وبه اي بالقتل العمد يأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم ويجب القود عينا فقط بلا كفارة وقال الشافعي
القود غير متعين بل الولي مخير بين القود واخذ الدية وتجب
الكفارة وشبه العمد ضربه قصدا بغير ما ذكرنا اي بغير ما يفرق
الاجزاء كالعصا والسوط والحجر الصغير واما الضرب بالحجر العظيم
فشبه عمد عنده كما ذكرنا وسمي شبه العمد لان في هذا القتل بالنظر الى
الالة التي استعملها اي آلة الضرب للتاديب دون القتل وشبه
العمد متحقق عندنا وعند الشافعي خلافا لمالك وفيه اي في
شبه العمد الاثم لانه قاصد الى الضرب وارتكاب ما هو محرم شرعا والكفارة
لانه خطاء نظرا الى الالة فدخل تحت قوله ومن يقتل مؤمنا خطاء
ودية مغلظة على العاقلة سيجيء تفسير الدية المغلظة والعاقلة
وهو اي شبه العمد فيما دون النفس عمد يوجب القصاص لان ما دون
النفس لا يختص اتلافه بآلة دون آلة وفي القتل خطاء فعلا او
قصدا اي الخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا
ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان
يرمي غرضا فاصاب آدميا فالحاصل ان في الاول هو قاصد
في وصول الرمي الى محل الرمي اصابة لكنه مخطي باعتبار

قصده لانه قصد الصيد او الحربي وفي الثاني لم يقصد كرمي
الي ذلك المحل الذي اصاب وانما قصد الرمي الي محل اخر
وهو العرض وانما الحصر في هذين النوعين لانه رميه
السهم الي شيء معين بالقصد اليه مشتمل شانه علي فعلين
القلب وهو القصد وفعل الجارحه وهو الرمي فلو اتصل الخطا
بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني
كان هو النوع الثاني كرميه غرضا فاصاب ادميا مثال للخطا
في الفعل او مسلما ظنه صيدا او حربيا مثال للخطا في القصد
كما ذكرنا وما جري في القتل الذي جري مجراه اي مجري
الخطا كالنائم سقط علي اخر فمات الاخر بسبب سقوط
النائم عليه كفارة ودية مبتدا خبره وفي الخطا وفي ما جري
عليها اي علي العاقلة في ثلث سنين وفي القتل بسبب كحفر
بير في غير ملكه ونحوه كوضع حجر في غير ملكه دية عليها اي العاقلة ولا يتعلق
به الكفارة ولا ارث في شيء من الصور القتل الا هنا اي في القتل بسبب
فانه لا يوجب حرمان الارث فقال الشافعي انه ملحق بالخطا في احكامه
ونقصان الصبي هدر اي اذا قتل رجل صبيا يجب القود وكذا النقصان
بالانوثة هدر فاذا قتل رجل امرة يجب القود ونقصان الرق هدر

فقتل

فقتل الحر بالعبد خلافا للشافعي لقوله تعالى الحر بالحر
والعبد بالعبد ولنا قوله النفس بالنفس وقوله الحر بالحر
لا يدل علي نفي الحكم عما عداه علي اصلنا علي انه انه دل علي ان
لا يقتل العبد بالحر لقوله الحر بالحر وكذا نقصان الجنون و
العمي والزمانة وكفر الذمي هدر وفي قتل المسلم بالذمي
خلاف الشافعي وكذا نقصان الاطراف هدر في القود
فيقتل الصحيح بالاعمي والزمن والاشل والاعرج وغير ذلك
ممن هو ناقص لان العبرة للمساواة في العصمة لا فيما وراها
لان ذا يودي الي السد باب القصاص وان لا يقتل العالم بالجاهل
مثلا ولا يقاد سيد بمملوك قنا كان او مدبرا او مكاتبا ولو
كان المملوك مشتركا لانه يتجزي فاذا سقط في البعض سقط
في الكل ولا يقاد الوالد بالولد لان الاب كان سببا لوجوده فيستحيل
ان يكون الابن سببا لفنائه والجد من قبل الاب الرجال و النساء
وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الا
ب او الام قربت او بعدت ويقتل الولد بالوالد وقال مالك
ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال
انه ضربه تاديبا فادي الي النفس من غير قصد فان ذبحه

فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل وعند ع اي
لا يقتل الوالد بقتل عبد ولده ولو قتل المكاتب لا يقاد القاتل
بمكاتب له وفاء اي مال يفي ببدل كتابته وله وارث حر
غير سيده وسيد وان اجتمع الوارث مع السيد لاختلاف
الصحابة في موت هذا المكاتب حرا او رقيقا فان مات حرا
كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فولاية القود فلا يقاد قاتله
اما اذا قتل المكاتب عمدا وترك وفاء وليس له وارث الا
السيد فللسيد القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان من
له الولاية استيفاء القصاص متعين وهو السيد وقال محمد رح
لا قصاص فيه وكذا ان قتل مكاتب لم يترك وفاء له ورثة
احرار او لا يجب القصاص للمولى عندهم لانه مات رقيقا
بالاجماع ويسقط قود ورثه على ابيه اي اذا قتل الاب شخصا
وولي القود ابن القاتل بان قتل الاب ام ابنه مثلا سقط
القود بحرمة الابوة ولا يقاد الا بسيف المراد بالسيف السلاح
هذا عندنا وعند الشافعي رح يفعل به ما فعل مشروعا كما اذا
قطع يد انسان عمدا فمات يقطع يد القاطع فان مات والا
يحز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان

سقاه

سقاه خمرا حتى قتله او وطئ صغيرة او لاط الصبي فمات
من ذلك اختلف اصحاب الشافعي رح فيه قال بعضهم تحز
رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل وقال بعضهم يتخذ آلة من
الخشب مثل آلة الرجل فيفعل به مثل فعل وفي الخمر يوجر
الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه الصلوة
والسلم لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف ومن
قتل وله وليان صغير وكبير مثل ان يكون للمقتول اخوان
صغير وكبير فيستوفي الكبير قبل كبر الصغير قودهما اي
للصغير والكبير هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما ليس للكبير ولاية
القود حتى كبر الصغير لانه حق مشترك كما اذا كان مشتركا
بين الكبيرين واحدهما غائب وله ان القصاص حق لا
يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من
الصغير معدوم والاصل ان ما لا يتجزى اذا وجد سببه
كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كولاية الانكاح واذا كان
كذلك انفرد كل واحد باستيفائه بخلاف الكبيرين لاحتمال
العفو من الغائب حال استيفاء القصاص وفي قتل مسلم
مسلما ظنه مشركا عند التقاء الصفين الكفارة دية مبتدأ

حينه في قتل مسلم اي اذا التقاصف من المسلمين وصف
من المشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قصاص
عليه وعليه الكفارة لانه خطاء في القصد ويجب الدية
قالوا انما تجب الديه اذا كانوا مختلطين اما اذا كان المقتول
في صف المشركين فلا يجب شي لانه هو الذي اهدر دمه حيث
وقف في صفهم وكثر سوادهم وفي موت بفعل نفسه كما اذا
شج رجل نفسه وفعل زيد كما اذا شجه زيد ايضا كما اذا
عقره اسد وفعل حية بان نهسته حية ثلث الدية على
زيد لانه مات بثلثة افعال لان فعل الاسد والحية جنس
واحد لانه هدر في الدنيا والاخرة وفعل الانسان نفسه
جنس اخر لانه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى ياثم با
الاجماع وفعل زيد جنس اخر لانه معتبر في الدنيا والاخرة
فصارت ثلثة اجناس فيكون التالف بكل واحد ثلثة فيجب
على زيد ثلث الدية فان قلت يجب ان ينظر الى ما هو مار
ثر في الموت وينظر الى اتحاده وتعدده والسبع والحية اثنان
واعتبار في ذلك لكونهما هدر قلت الكلام فيما اذا اشتبه
الحال ولم يعلم ان المقتول باي هذه الافعال الثلث مات

اما اذا

اما اذا علم الحال بان علم انه مات بفعل السبع والحية
او بفعل زيد كان المعتبر مثلا اذا علم انه مات بفعل
السبع والحية كان هدرا قطعا ولا اعتبار لكون فعل السبع
والحية اثنين لان الاشتراك في الحكم وهو كونهما هدرا والفعل
انما يعتبر واحدا او متعددا باعتبار وحدة الحكم وتعدده
ولا شي بقتل مكلف شهر سيفا ليلا او نهارا في مصر او غيره
على مسلم لقوله عليه الصلوة واله وسلم من شهر سيفا على
المسلمين فقد اطل دمه اي اهدر ولان السيف غير
ملبث فيحتاج الى دفعه بالقتل او شهر عصا الا اذا
شهر نهارا في مصر اي ان شهر مكلف على مسلم عصا صغيرا
ليلا في مصر او نهارا في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا
فلا شي عليه ايضا لان العصا الصغير وان كان ملبثا لكن
في الليل لا يدركه الغوث فيضطر الى الدفع وكذا في النهار
في غير المصر لا يدركه الغوث وان شهر عليه عصا نهارا
في المصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به عند ابي حنيفة رحمه
وعندهما لا قصاص عليه والدية في ماله اي في مال القاتل
في غير مكلف اي اذا شهر المجنون والصبي على غيره سلاحا

فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي
لا شيء عليه والقيمة في قتل جمل صائل عليه اي على القاتل
القيمة مبتدا وعليه خبره اي اذا صال جمل على رجل فقتله
تجب عليه القيمة لانه اتلف مالا معصوما لان فعل الدابة لا يسقط
العصمة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان وحمل اصلا ولا تجب
في صبي والمجنون وقال الشافعي لا يجب اصلا ويجب القود فيما
دون النفس ان امكن رعاية المماثلة والمساواة فكل جنايات
فيما دون النفس امكن فيها المساواة يجب فيه القود وما
لا فلا كقطع اليد من المفصل ولا عبرة لكبر اليد وصغرها
انما قال من المفصل احترازا عما اذا قطع من نصف الساعد
فانه لا يمكن رعاية المساواة وكقطع الرجل من المفصل
ومارن الانف هو ما دون قصبة الانف وهو ما لان
منه والاذن لامكان رعاية المساواة وكل شجة يمكن فيها
رعاية المماثلة كالموضحة وهي تظهر العظم وعين قائمة
ضربت وذهب ضوءها لانه يمكن رعاية المساواة فيجعل
على وجهه اي وجه الضارب وعلى عينه الاخر قطن رطب
ويربط ويقابل عينه بمراة محماة فانه تذهب ضوءها

بالبر

لا يجب القود ولا يمكن رعاية المماثلة ان قلعت العين
ولا في كسر عظم لاحتمال الزيادة والنقصان الا السن فيقلع
انقلعت وهكذا وقع في الوقاية وكانه نقل من الهداية
كما وقع في بعض نسخها هكذا ولو قطع من اصله يقلع الثاني
لكنه لم يوجد في النسخ المصححة من الهداية ومحفوظ في بعضها
ذكر في الكافي والنهاية والكفايتان قلع السن لا يقلع سنه
قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثا
ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن وترد السن بالمبرد
بقدر ما كسر ان كسرت ولا يجب قود بين رجل وامراة فيما
دون النفس وفي الاطراف وكذا بين حر وعبد وبين عبدين
لان الاطراف يسلك بها مسالك الاموال لانها وقاية نفس
كالاموال ولا مماثلة بينها للتفاوت في القيمة بتقويم الشرع
فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر مثلا بخمسماية دينار
قطعا ولا يبلغ قيمة العبد الى ذلك ولو بلغت انما يبلغ بالحزر
والظن فلا يكون مماثلة اليد الحر يقينا وعند الشافعي يجب
القصاص الا اذا قطع الحر طرف العبد فانه لا قصاص عنده
ايضا ولا يجب القود في الجائفة هي الجراحة التي وصلت

الي الجوف ثم جرح آخر جايفة ايضا ولا يجب القود في
الجايفة فبرات فلا قصاص عليه لان البرء فيها نادرا
فالظاهر ان الثاني يفضي الي الهلاك اما اذا لم يبرء
الجايفة فان كانت سارية يجب القصاص وان لم يسر بعد
لا يقتص الي ان يظهر الحال من البراء والسراية ولا في
اللسان والذكر لانهما ينقبضان وينبسطان فيتعذر
رعاية المماثلة فيهما وعن ابي يوسف لو اذا قطعا من
اصلهما يجب القصاص الا ان يقطع الذكر من الحشفة لان
موضع القطع معلوم فيمكن رعاية المماثلة ولو قطع بعض الحشفة
فلا قصاص لانه لا يعلم مقدار البعض فاذا كانت يد المقطوع
صحيحة خير المجني عليه ان كانت يد القاطع ناقصة الاصابع
او شلاء ان قطع اليد المعيبة ولا شي له غير القطع وان شاء
اخذ الارش كاملا وقال الشافعي يقطع يده ويضمنه النقصان
وخير المشجوج ان كانت الشجة تستوعب ما بين قرني صحيحة
المشجوج اي ناحيتي راسه ولا تستوعب ما بين قرني
الشاج اي شج رجل رجلا موضحة حتي وجب القصاص او
الشجة طولها مقدار شبر مثلا وراس المشجوج صغيرا

استوعبت الشجة ما بين قرنيه وراس الشاج عظيم لا
يستوعب الشجة ما بين قرنيه فالشين الذي لحق المشجوج اكثر
من الشين الذي يلحق الشاج بالخيار ان شاء اقتص وان شاء
اخذ الارش وفي عكسه يخير ايضا لتعذر الاستيفاء كملا
لانه يتعدي الي غير حقه وكذا لو كانت الشجة في طول الراس
وهي تاخذ من جبهته الي قفاه ولا يبلغ الي قفاء الشاج
فهو بالخيار ايضا ومن وجب عليه القود يسقط القود
لموت القاتل لفوات محل الاستيفاء وفيه خلاف الشافعي
فان الواجب عنده من القصاص والدية احدهما فاذا مات
احدهما تعين الاخر ويسقط بعفو ولي من الاولياء وصلحه
من نصيبه علي عوض والباقي من الورثة حصة من الدية
والاصل ان القصاص والدية حق جميع الورثة واذا ثبت
الحق للكل فكل احد يتمكن من استيفائه واسقاطه صلحا
وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط
حق الباقي اذ القصاص لا يتجزي فيتحول حق الباقي الي الدية
وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية ويقتل
جمع لفرد اي اذا قتل جماعة واحدا عمدا يقتل الجماعة

وبالعكس اي اذا قتل فرد جماعة وحضر اولياء المقتولين
قتل الفرد بهم جميعا علي سبيل الكفاية ولا شيء لهم من المال
فان حضر ولي واحد من اولياء المقتولين قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي ان قتلهم علي التفاوت يقتل
باولهم ويقضي بالدية من بعد الاول في تركته وان قتلهم
معا يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت قرعته وبا
الدية للباقين وفي قول تقتل لهم وقسمت الديات بينهم
ولا يقطع يدان بيد اي اذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا
قصاص علي واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
يقطع يداهما صورة المسئلة مختلف فيها بيننا وبين الشافعي
فيما اذا اخذ سكينا من جانب وامراه علي يده حتي انقطعت
اما لو وضع احدهما السكين من جانب والاخر من جانب و
امراه علي يده حتي التقيا لا يجب القصاص عنده ايضا و
عبد اقر بقود وقال زفر لا يصح اقراره لا يؤدي الي ابطال
حق المولي كالاقرار بالمال ولنا ان العبد يبقي علي اصل الحرية
في حق الحدود والقصاص وبطلان حق المولي ضمني فلا
يبالي به وانما رد اقراره بالمال لانه متهم فيه ولا تهمة هنا

لانه يقتل به والدية للثاني ومن رمي رجلا عمدا فنفذ السهم
منه الي اخر فماتا يقتص الرامي للاول وعلي عاقلته الدية
للثاني لان الاول عمد فيجب فيه القصاص والثاني خطا فيجب
الدية ومن قطع يد رجل عمدا فعفا المقطوع عن قطعه
فمات المقطوع منه اي من انقطع ضمن قاطعه ديته فيما له
وقالا اذا عفي عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا لان المعفو
عن القطع عفو عن موجبه لان نفس القتل لا يحتمل العفو
وموجبه احد شيئين ضمان اليد ان لم يسر وضمان النفس
ان سري وله انه عفي عن القطع فاذا سري علم انه كان قتلا
لا قطعا وانما لا يجب القصاص لشبهة العفو ولو عفي المقطوع
عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه فمات فهو عفو
عن النفس لان الجناية اسم جنس فالعفو عنها عفو
عن القطع والنفس واما العفو عن القطع وما يحدث منه
فصريح فالخطا يعتبر من ثلث ماله اي ان كان القطع خطا وقد
عفي عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن
الدية ويعتبر من الثلث لان الدية مال وحق الورثة
متعلق بها والعفو وصية فيصح عن الثلث والعمد يعتبر من كله

اي كل المال لان القطع اذا كان عمدا موجبه القود وهو ليس
بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال
وحق القود يثبت بطريق الخلافة ابتداء للورثة اي القود
غير موروث ولانه يثبت بعد الموت ابتداء عند ابي حنيفة رح
لتشفي صدور الورثة اذ الميت ليس باهل للتشفي والقصاص
ملك الفعل في المحل ولا يتصور الفعل من الميت فان الميت
ليس اهلا لان يملك شيئا الا ما له حاجة اليه كالمال مثلا
فطريق ثبوت القود الخلافة عنده وعندهما طريق ثبوته
الوراثة والفرق بينهما ان الوراثة يستدعي ثبوت ملك المورث
ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا يستدعي ذلك فالمراد
بالخلافة ان يقوم شخص مقام غيره في اقامة فعله ففي القتل
اذا تعدى القاتل على المقتول فالحق ان يقتص المقتول القاتل
لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان
المقتول ملكه ثم انتقل الى الورثة واذا ثبت هذا الاصل فرع
عليه قوله فلا يصير احدهما اي احد الورثة خصما عن
البقية في اثبات حقها بغير وكالة فان كل ما يملكه الورثة
فاحدهم خصم عن الباقين اي قائم مقام الباقين في الخصومة

حتى ان

لا ارثا

حتي ان ادعي احد الورثة شيئا من التركة على احد واقام
بينة ثبت حق الجميع فلا يحتاج الباقون من الورثة الى تجديد
الدعوى وكذا اذا ادعى احد على احد الورثة شيئا من التركة
واقام البينة عليه ثبت على الجميع حتي لا يحتاج المدعي الي
ان يدعي على كل واحد وما يملكه الورثة لا بطريق الوراثة
لا يصير احدهم خصما عن الباقين يتفرع على هذا فلو اقام
احد الاخوين حجة بقتل ابيه غائبا اخوه يحضر الاخ الغائب
يعيدها الى البينة وهذا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وفي
القتل الخطاء والدين لا يعيد البينة اي اذا كان القتل خطاء
لا يحتاج الى اعادة البينة لان موجبه المال وطريق ثبوته
الميراث وكذا في الدين اذا اقام احد الورثة بينة ان لابيه
على فلان كذا يحضر الباقين لا يحتاج الى اقامة البينة ثانيا
كما ذكرنا ومن رمي سهما كان العبرة في الضمان بحال الرمي
لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل
يدخل تحت اختياره وهو الرمي لا بحال الوصول واصابة
السهم فتجب الدية على من رمي مسلما فارتد المرمي اليه قبل
وصول السهم اليه هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على الرامي لان

التلف حصل في محل لا عصمة له واتلاف غير المعصوم هدر

وله ان الرامي انما يصير قاتلا بالرمي لان الرمي فعله والرمي

اليه وقت الرمي معصوم متقوم ولكن لا يجب القصاص لاعتبار

حاله التلف لانه يصير شبهة في سقوط العقوبة فيجب

الدية

الدية مصدر ودي القاتل المقتول اذا

اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال

دية تسمية بالمصدر وفاؤها محذوفة كما في عدة وتركيبها

يدل على معنى الجري والجروح ومنه الوادي ومقدار دية

المال من الذهب الف دينار لما روي ان رسول الله صلى

الله عليه وآله وسلم جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار

وعليه الاجماع ومن الفضة عشرة الاف درهم وقال مالك

والشافعي رح اثنا عشر الفا ومن الابل مائة وللقاتل الخيار

يؤدي اي نوع شاء من الانواع الثلثة ولا تثبت الدية الا

من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر

مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان

ازار ورداء هو المختار وقيل في زماننا قميص وسراويل و

هذه اي المائة من الابل في شبه العمد ارباع عند ابي حنيفة

وابي يوسف رح خمس وعشرون من بنت مخاض هي التي

تمت عليها حول وخمس وعشرون من بنت لبون هي التي

تمت عليها حولان وخمس وعشرون من حقة هي التي تمت

عليها ثلث سنين وخمس وعشرون من جذعة هي التي عليها

اربع سنين وعند محمد والشافعي رح ثلثون حقة وثلثون جذعة

واربعون ثنية خلفات في بطونها اولادها والثنية التي

تمت عليها خمس سنين والخلفة التي في بطنها ولد مضت عليه

ستة اشهر وهي اي هذه الدية من الابل هي الدية المغلظة

ومعنى التغليظ ان يوجب شيئا فيه لا يوجب في الخطاء والتغليظ

يختلف فيه بين الصحابة ونحن اخذنا بقول ابن مسعود رضي الله عنه

فان قضي بالدية في غير الابل لم يتغلظ وهذه اي المائة من دية

الابل في القتل الخطاء اخماس منها اي من الاربعة المذكورة

يعني عشرين من بنت مخاض وعشرين من بنت لبون وعشرين

من حقة وعشرين من جذعة وعشرين من ابن مخاض

هو ذكر تمت عليه حول وقال الشافعي رح عشرون ابن لبون

مكان ابن مخاض وكفارتهما اي كفارة شبه العمد والخطاء

عتق انسان مؤمن ذكرا كان او انثى لقوله تعالى فتحرير رقبة

مومنة وعن بعض اصحابنا انه لاكفارة في شبه العمد عند
ابيحنيفة رح والصحيح هو الاول فان عجز عن العتق صام شهرين
ولا لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والاطعام غير
مشروع فيه لانه غير منصوص عليه واثبات الابدال بالراي
لا يجوز وصح عن الكفارة صبي رضيع احد ابويه مسلم لانه
مسلم يتبع خير الابوين دينا لا يصح الجنين لانه عضو من وجه
ولم يعرف حيوته وسلامته وللمراة نصف ما للرجل في دية
النفس وما دونها حتى يجب في قتل المراة خطا خمسة الاف
درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة هكذا روي عن علي رضي الله عنه
وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما
دونها لا يتنصف وبه اخذ الشافعي رح والذمي والمستامن كا
المسلم في الدية وقال الشافعي رح دية الكتابي اربعة الاف درهم
ودية المجوسي ثلثمائة درهم وقال مالك رح دية الكتابي ستة
الاف درهم وهو احد قول الشافعي رح وفي قطع الانف كل الدية
وكذا لو قطع المارن او القصبة ولو قطع المارن مع القصبة
لا يزاد على دية واحدة والاصل انه اذا فوت جنس منفعة
على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية

بتبعية

لانه اتلاف النفس من وجه ملحق باتلاف النفس من كل وجه
تعظيما للادمي فتبل الانف كل الدية لانه ازال جمالا على الكمال
لان كل جمال الوجه فصارت النفس كالها هالكة وكذا في
الحشفة كل الدية لانها الاصل في حقيقة الايلاج والدفق و
القصبة تابعة وفي العقل كل الدية لان العقل من اعظم ما
يختص به الادمي وفي احدى الحواس الخمس كالسمع كل
والبصر والشم والذوق كل الدية لان كل واحد منها منفعة
مقصودة فقد روي عن عمر رضي الله عنه قضى باربعة ديات لرجل
على رجل بضربة واحدة على الراس ذهبت بها عقله وبصره
وسمعه ومنفعة ذوقه وكذا في اللسان كل الدية ان منع
النطق او اداء اكثر الحروف وكذا في قطع بعض اللسان اذا
منع الكلام الدية ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم
على عدد الحروف وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر
ما لا يقدر وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب حكومة عدل
ففي اللحية اذا حلقت ولم تنبت سنة وكذا في شعر الراس
اذا حلقه ولم تنبت سنة كل دية فان مات قبل مضي السنة
ولم ينبت لا شيء فيه وتكلموا في لحية الكوسج والاصل انه اذا

كل الدية

كان علي ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقها شي لان
وجودها يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان علي الذقن
والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل واذا كان
متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا كله اذا فسد المنبت
فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه ليس لفعل الجاني
اثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى اثرها ولكنه يؤدب على ذلك
وقال مالك والشافعي لا يجب في اللحية وشعر الراس حكومة
عدل كما يجب كل الدية في اثنين مما يوجد منه في البدن
اثنان ففي العينين او اليدين او الشفتين او الحاجبين او
الرجلين او الاذنين او الانثيين او ثديي المراة كل الدية
وفي احدهما نصفها وقال مالك والشافعي لا يجب في الحاجبين
حكومة عدل وكذا يجب كل الدية في اشفار العينين اذا لم تنبتا
وفي احدها اي احد الاشفار ربعها اي ربع الدية ثم
يحتمل ان يراد بالاشفار الاهداب مجازا ويحتمل ان يراد
به منابت الشعر والحكم فيها هكذا ولو قطع الجفون باهدا
بها تجب دية واحدة لان الاهداب والجفون كشيء واحد
فصار كالمارن مع القصبة ويجب في قطع اصابع او الرجلين

كل الدية ففي كل اصبع من اليد او الرجل عشرها وفي كل مفصل
من الاصابع غير الابهام ثلثه اي ثلث عشر الدية وفيه اي
في كل مفصل من الابهام نصفه اى نصف عشر الدية كما في
كل سن فان فيه نصف عشر الدية لقوله عليه الصلوة والسلام
وفي كل سن خمس من الابل وبهذا مستغن عن بيان الحكمة
عض في وجوب نصف العشر مع ان عدد الاسنان ثلثون وكل ما ذهب
نفعه بضرب كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها ففيه
ديته اي دية ذلك العضو لان الحكم متوط بتفويت جنس المنفعة
لا بتفويت الصورة ولا قود في التحاج لانه لا يمكن حفظ المماثلة
فيها الا في الموضحة اذا كانت عمدا الموضحة هي الشجة التي
تظهر العظم اذ اعتبار المساوات فيها ممكن بان ينهي
السكين الي العظم وعن محمد يجب القود فيما قبل الموضحة
بان يسبر عمقها بمسبار ثم يتخذ حديده بقدر ذلك ويقطع بها
مقدار ما قطع وفيها اي في الموضحة اذا كانت خطاء نصف عشر
الدية وفي الهاشمة خطاء وهي التي يكسر العظم من الهشم
وهو كسر الشيء عشرها وفي المنقلة هي التي انتقل العظم الي محله
بعد الكسر عشرها ونصفه اي نصف العشر وفي الامة هي التي تنقل

الي الدماغ وهي الجلدة التي فيها الدماغ وفي الجائفة هي الجراحة
التي وصلت الي الجوف ثلثها وفي جائفة نفذت الي الجانب الاخر
ثلثيها لانها بمنزلة جائفتين وفي الحارصة هي التي تحرص الجلد
اي تشقه وتخدشه والدامعة هي ما يظهر الدم ولا يسيله
كالدمع في العين والدامية هي ما يسيل الدم والباضعة هي
ما يبضع الجلد اي يقطعه والمتلاحمة هي التي تشق اللحم دون
العظم ثم يتلاحم بعد شقها اي يتلائم ويتلاصق والسمحاق
هي جلدة رقيقة فوق القحف اذا انتهت اليها الشجة سميت
سمحاقا حكومة عدل اختلفوا في تفسير حكومة العدل قال
الطحاوي فيقوم المجني عليه لو فرض انه كان عبدا بلا هذا
الاثر ثم يقوم معه اي مع هذا الاثر فقدر التفاوت بين القيمتين
هو اي قدر التفاوت هي حكومة العدل فان كان من غير الجراحة
يبلغ قيمته الفا مثلا ومع الجراحة يبلغ قيمته تسعمائة علم
ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فوجب عشر الدية
وبهذا القول اخذ شمس الائمة السرخسي وبه يفتي وقال
الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر
ذلك من نصف عشر الدية ويجب في اصابع يد واحدة مع

نصف الساعد نصف دية للاصابع وحكومة عدل
الساعد هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو رواية عن ابي يوسف
وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل الي المنكب والفخذ
فهو تبع والكف تابع للاصابع فالعبرة للاصابع فان قطع
الاصابع الخمس يجب نصف الدية وان قطعها مع الكف
يجب ايضا نصف الدية وفي اصبع زائدة حكومة عدل
سواء كان عمدا او خطاء وسواء كان للقاطع اصبع زائدة
ام لا لانه لا منفعة فيه ولا زينة فلا يجب ارش مقدر ولكنه
جزء من الادمي فلا يمكن اهداره فيجب حكومة عدل تعظيما
للادمي وفي عين صبي ولسانه وذكره حكومة عدل لو
لم يعلم الصحة اي صحة هذه الاعضاء بما دل على نظره اي
الصبي وكلامه وحركته ذكره هذا عندنا وعند الشافعي
تجب دية كاملة واما اذا علم صحة هذه الاعضاء فلو تجب دية
كاملة اتفاقا ولا يقاد جرح الا بعد برء لان المعتبر في الجنايات
مآلها لان حكمها في الحال غير معلوم اذ ربما يسري الي النفس
فيكون قتلا وانما يستقر على شئ بالبرء والهلاك لم يبق
اية جناية وقال الشافعي يقتص منه في الحال وعمد الصبي

والمجنون خطأ لان العمد لا يتحقق منهما لانه يبتني على القصد وهو
بالعقل ولا عقل للمجنون وفي عقل الصبي قصور وعلى العاقلة
الدية اذا بلغت خمسماية وان كانت اقل من خمسماية ففي ما
لهما لان مادون الخمسماية لا يتحمله العاقلة لانه في معنى ضمان
المال بلا كفارة وحرمان ارثا لان حرمان الارث شرع
عقوبة وفي الكفارة معنى العقوبة وهما ليسا
من اهل العقوبة وقال الشافعي رح عمد الصبي والمجنون عمد حتى
تجب الدية في ماله ومن ضرب بطن امراة حرة يجب
غرة هي في الاصل خيار المال والمراد هنا قدر خمسماية درهم غرة
اي نصف عشر دية الرجل وعشر دية المراة وعند مالك و
الشافعي رح يجب قدر ستماية درهم على عاقلته اي عاقلة الضارب
وقال مالك رح تجب الدية في ماله ان القت المراة جنينا ميتا
ميتا سواء كان الجنين ذكرا او انثى اذ لا تفاوة في الجنين الحر بين الذكر
والانثى فيجب في الذكر نصف عشر دية الرجل وفي الانثى عشر دية
الانثى وتجب دية كاملة ان القت جنينا حيا فمات لان
الظاهر ان موته بسبب الضرب وتجب غرة بسبب الجنين ودية
كاملة بقتل الام ان القت جنينا ميتا فماتت الام وتجب

دية الام فقط ولا شيء في الجنين ان ماتت الام فالقت
جنينا ميتا وانما لا يجب شيء في الجنين لانه يحتمل ان لا يكون
موته بالضرب بل بسبب اختناقه موت الام وقال رح يجب الغرة
ايضا وتجب ديتان ان ماتت الام من الضرب والقت جنينا
حيا فمات لانه قاتل شخصين وما يجب في الجنين من البدل
فهو لورثته وقال الشافعي رح يكون لامه سوى ضاربه حتى
لو ضرب رجل بطن امراته فالقت ابنه فعلى عاقلة الاب
غرة ولا يرث ابوه منها لانه قاتل بغير حق ولا يرث القاتل
ويجب في جنين الامة نصف عشر قيمته في الذكر لو فرض حيا
وعشر قيمته في الانثى لو فرضت حية بيان هذا انه يقوم
الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر
كم قيمته بهذا المكان فان كان ذكرا يجب نصف عشر قيمته وان كان
انثى يجب عشر قيمته فان قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر
قيمته فان قيل فيه اذا كان الانثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا
كان ذكرا وفي الديات يفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى
على الذكر قلنا هذا التسوية في الحقيقة والتسوية جايزة
هنا بالاتفاق وهذا لان القيمة كالدية ودية الانثى على النصف

من دية الذكر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من
الذكر والتفضل انما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية وهذا
يكون في المتفضل لا في الاجنة لانه لا مالكية في الجنين وانما
يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى معنى النشو
يساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا كما بعد الانفصال
فلهذا جوزنا تفضل الانثى على الذكر لو تصور ثم وجوب البدل
في جنين الامة شيء وانما يجب بنقصان الام ان يمكن فيها
نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقال
الشافعي رح يجب في الجنين عشر قيمة الام ذكرا كان او انثى
وما اي جنين استبان بعض خلقه كالظفر والشعر منه
كالتام خلقه في جميع هذه الاحكام لانه ولد في حق النفاس
ومضي العدة وامومية الذكر فكذا في حق وجوب الغرة
وضمن الغرة عاقلة امراة اسقطت جنينا ميتا عمدا
بدواء شربت او عالجت به فرجها او فعل كضرب بطن
نفسها متعمدا بلا اذن زوجها وان فعلت باذنه لا يجب شيء
فيما يحدث في الطريق من احدث في طريق العامة
كنيفا هو المستراح او ميزابا او جرصنا هو البروج وقيل مجرى

مايركب في الحائط وعن الامام البزدوي جذع يخرج
من الحائط ليبني عليه او دكانا وسعه اي يجوز له ذلك
وان ينتفع به ان لم يضر بالناس ولكل واحد من اهل الطريق
نقضه وان لم يضر فالحاصل انه اذا اضر بالناس لا يجوز
له ذلك وان لم يضر يجوز لكن مع ذلك لكل واحد نقضه
لانه تصرف في حق المشترك فلكل نقضه ... كما في الملك
المشترك مع انه لم يضر وفي طريق غير نافذ لا يسعه ذلك
بلا اذن الشركاء وان لم يضر بهم وضمن عاقلته اي
عاقلة من احدث دية من مات بسقوطها اي الكنيف و
الميزاب والجرصن ونحوها لانه سبب الهلاك كما لو وضع
حجرا او حفر بيرا في الطريق فتلف به اي بالحجر او البير
نفس فانه يضمن عاقلته دية المتلف لا يضمن العاقلة
ان مات الواقع في البير جوعا او غما هذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف رح وان مات جوعا فكذلك وان مات
غما يجب الضمان لان الغم بسبب الوقوع اذ المراد بالغم ههنا
الاختناق من هواء البير وقال محمد رح يجب الضمان في الكل
وان اتلف به بهيمة ضمن هو اي واضع الحجر او حافر البير

الاحتباس

لا العاقلة لانها تحمل النفس لا المال ان لم ياذن به الامام
اي انما يجب الضمان في احداث الكنيف والميزاب والجرصن
والدكان ووضع الحجر وحفر البير في طريق العامة اذا كان
بغير اذن الامام اما اذا اذن فلا ضمان لان للامام ولاية
عامة ورب حائط مائل الى طريق العامة وطلب نقضه
اي نقض الحائط مسلم او ذمي صورة الطلب ان يقول
ان حائطك هذا مائل فاهدمه ممن يملك نقضه كالراهن
فانه يملك نقضه بفك رهنه وولي الطفل والوصي حتى لو مال
حائط الصغير فاشهد على الاب او وصيه فسقط واتلف شيئا
والضمان في مال صغير والمكاتب لان له ولاية النقض والعبد
التاجر سواء كان عليه دين او لا التمكن من هدم الحائط
فلم ينقض الحائط في مدة يمكن نقضه ضمن خبر لقوله ورب
حائط ما تلف به اي بالحائط وضمن عاقلته النفس وعند
الشافعي رح لا يضمن وهو القياس لانه لم يوجد منه صنع هو تعد
وجه الاستحسان لانه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء
الطريق بحائطه ورفعه بيده فاذا طولب بالنقض ولم يفرغ
الهواء صار جانيا فان قيل قد شرط القوم الاشهاد في التضمين حتى

قالوا صورة الاشهاد اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل
في هدم حائطه هذا فلم اهمله المصنف قلنا الشرط الطلب والا
شهاد ليس بشرط حتى لو طولب من غير اشهاد وهو يقر بالطلب
يضمن هكذا قيل ولكن على هذا ينبغي ان لا يشترط الاشهاد في
اخذ الابق وينبغي ان يوطي الابق لو اقر ان الاخذ اخذه للرد
يجب الجعل لا يضمن من طلب منه نقض فباع الحائط وقبضه
المشتري فسقط الحائط فانه برئ البائع من ضمانه ولا ضمان
على المشتري لانه لم يطلب منه النقض فان طلب منه فهو ضامن
او طلب ممن لا يملك النقض كالمودع ونحوه مثل المرتهن والمستاجر
وساكن الدار لانهم لا يتمكنون من نقضه وان مال الى دار
احد فله الطلب خاصة لان الحق له دون غيره وان بني
الحائط مائلا ابتداء ضمن ما سقط عليه بلا طلب لانه متعد
في شغل هواء الطريق ببنائه وان كان الحائط المائل مشتركا
بين خمسة مثلا وطلب احد الشركاء نقض الحائط فسقط وتلفت
مال ونفس فالضمان بالحصة اي ضمن الذي طلب النقض
خمس المال في تلف المال وضمن عاقلته خمس الدية في تلف النفس
او كانت دار مشترك بين ثلاثة مثلا وحفر احدهم في

دار مشتركة بير ابغير اذن صاحبه فتلف به مال او نفس
فالضمان بالحصة اي ضمن الحافر ثلثين المال في تلف المال
وضمن عاقلته ثلثي الدية في تلف النفس وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يجب الضمان نصفين في المسئلتين لان ما تلف بنصيب من طلب
منه النقض في المسئلة الاولى معتبر وما تلف بنصيب من لم يطلب
منه هدر فجعلاه قسمين وما تلف بالحفر في نصيبه في المسئلة
الثانية غير معتبر وما تلف بالحفر في نصيب غيره معتبر فا
نقسم نصفين فله ان الطلب وقع في الخمس في المسئلة الاولى
ولم يقع في الاربعة الاخماس فيجب الضمان بقدر الطلب والحفر
في المسئلة الثانية وقع في ملكه وملك غيره فما وقع في
ملكه وهو الثلث فالحافر فيه غير متعد فلا يجب الضمان وما
وقع في ملك غيره وهو الثلثان فالحافر فيه متعد فيجب الضمان
بقدر التعدي

في جناية البهيمة ضمن الراكب ما
اتلفه دابته بان وطئت الدابة واصابت برجلها او بيدها
او اصابت براسها او كدمت اي عضت بمقدم اسنانها
او صدمت اي ضربت بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشياء
ممكن للراكب لا يضمن ما نفحت اي ضربت بثقال نفحت الدابة

اذا ضربت بحد حافرها برجلها او ذنبها في حال سيرها
لانه لا يمكن الاحتراز عن النفحة في حالة السير وعند الشافعي
يضمن بالنفحة وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة عندنا ايضا
او اتلفت بما راثت الدابة او بالت في الطريق سايرة لان التحرز
عنه غير ممكن او اوقفها لذلك اي الروث والبول فانه لا يضمن
ايضا ما تلف بما راثت او بالت لان بعض الدواب لا يفعل ذلك
الا بعد الوقوف وان اوقفها لغير ذلك يضمن لانه متعد بالا
تفاق وذكر في المغرب لا يقال اوقفه الا في لغة رديه او اصابت
بيدها او رجلها حصاة او حجرا صغيرا او نحوه كالغبار والنواة
ففقئها عينا لم يضمن ايضا لان الاحتراز عنه متعذر وضمن
ما الكبير لان التحرز غير متعذر وقيل الكبير هو الذي يراه الراكب
من غير تكلف والسائق والقائد كالراكب اي انكان مكان
الراكب سائق او قائد يضمن ما ضمنه الراكب الا ان الكفارة اي كفارة
القتل ان تلف نفسه عليه اي على الراكب فقط لا على السائق والقائد
والراكب يحرم عن الميراث السائق والقائد لان القتل انما حصل بثقل
الراكب اما فعل سائق والقائد فتسبيب اي القتل والكفارة جزاء
الفعل ولا يجب بالتسبيب وان اصطدم فارسان فماتا ضمن عاقلة

دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يضمن بكل نصف دية الآخر
لان هلاكه بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه قلنا كل واحد منهما مباح في حق نفسه لا
يضاف اليه الهلاك وفي حق غيره يضاف اليه الهلاك
كالنائم اذا انقلبت على غيره وان ارسل كلبا فاصاب شيئا
واتلفه في فوره ضمن المرسل ان ساقه بان مشى خلفه
لان الكلب محمول على جهة المرسل السائق فاضيف اليه فعله
فكان الكلب آلة للاتلاف وان لم يسق الكلب لا يضمن لان الكلب
عامل باختياره فلا يضاف الاتلاف الى المرسل لانقطع
عنه فعل المرسل وان ارسل طيرا فاصاب واتلف شيئا لا يضمن
في الطير سواء ساقه او لم يسقه اما اذا لم يسقه فظاهر لانه فاعل
مختار ينقطع عنه فعل المرسل واما ان ساقه فلان الطير
لا يحتمل السوق بالضرب فصار وجود السوق وعدمه
سواء فان قيل نعم الطير لا يحتمل السوق بالضرب لكنه
يحتمل بالزجر والصياح قلنا الصياح غير معتبر في باب
التضمين الا ترى انه لو ارسل الكلب وزجره وصاح عليه
ولكن لم يسقه لا يضمن وانما اعتبر الزجر في حل الصيد للصيد

لان الناس

لان للناس حاجة الى الاصطياد ولا طريق سوى الارسال
والزجر فلا ضرورة في حق الضمان وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب
الضمان في هذا كله وكذا الدابة المنفلتة اذا اصابت واتلفت شيئا
مالا او نفسا لا يضمن صاحبها لانه لم يوجد منه ما يوجب تسببا
ونخسها رجل بلا اذن الراكب فضربت بيدها رجلا او نفحت
وصدمته وقتلته او نفحت ثم اجتمع فعل الراكب وفعل
الناخس ومع هذا ضمن هو اي الناخس ما تلف بالضرب
والصدم حتى النفحة ولا يضمن الراكب لان الناخس متعد في
فعله والراكب غير متعد فيضمن المتعدي وعن ابي يوسف رحمه الله يجب
الضمان على الناخس والراكب بنصفين ويجب في فقء عين شاة
القصاب ما نقص لفقء في عينها لان المقصود من الشاة هو
اللحم فلا يعتبر الا النقصان والقصاب ليس بقيد ووضع المسألة
فيها لظهور ان المقصود فيها هو اللحم وكذا من كل شاة واما في
فقء عين البقر والجزور سواء كانا للقصاب او لغيره وعين
الحمار والبغل والفرس فالواجب ربع القيمة وقال الشافعي رحمه الله
الواجب فيها النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ان الشاة
لا يعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالامتعة فوجب النقصان ايضا

من غير تقدير فاما ما عددناه من البهائم فهي عاملة ولا
يمكن اقامة العمل الا باربعة اعين عيناها وعينا من يستعملها
فكانها ذات اربعة اعين فوجب ربع القيمة بفوات احديهما

في جناية الرقيق والجناية عليه ان جني عبد جناية
خطاء فسيده بالخيار ان شاء دفعه سيده بها اي بالجناية
وان شاء فداه بارشها حالا وامسك عبده عندنا وقال
الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولي
الارش وفائدة الخلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعندنا
اذا اعتق المولي بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء
وعنده لا يطالب المولي بعد بل يطالب العبد واعلم ان التقييد
بالخطاء ههنا انما يفيد التقييد في جناية العبد في النفس
لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس يجب
المال سواء يوجب المال في الحالين لان القصاص لا يجري بين
العبد والحر فيما دون النفس فان وهبه اي وهب السيد
العبد الجاني او باعه او عتقه او دبره او استولدها اي الامة
الجانية والحال ان السيد لم يعلم بها بالجناية ضمن السيد الاقل
من قيمته اي قيمة العبد ومن الارش لان السيد قبل هذه التصرفات

كان مخيرا

كان مخيرا بين الدفع والفداء وفوت عليه الدفع بهذه التصرفات
ولم يصر مختارا للفداء بعد العلم بالجناية فصار القيمة مقام
العبد فيضمن الاقل من القيمة والارش وانما يضمن الاقل لان
حق ولي الجناية في الاقل ولا معني لتخيير السيد بين الاقل والاكثر
وان علم بالجناية غرم الارش لان السيد فوت عليه دفع العبد
بهذه التصرفات فصار مختار الارش ضرورة ومن قتل عبدا
خطاء يجب عليه قيمته لان دية العبد قيمته ولكن لا تزاد علي
عشرة الاف درهم فان بلغت هي اي قيمة العبد دية الحر اي
عشرة الاف درهم وبلغت قيمة الامة دية الحرة اي خمسة
الاف درهم نقص من كل واحد من القسمين عشرة دراهم
فيقضي في العبد بعشرة الاف درهم الا عشرة دراهم وفي الامة
بخمسة الاف درهم الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية
الا خمسة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح
يجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب اي ان غصب عبدا
او امة قيمته عشرون الفا فهلك في يده فيجب قيمة ما كانت
اي بالغة ما بلغت وهذا بالاجماع وكل ما قدر من دية الحر
قدر من قيمته اي قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر

في اليد العبد يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح
وفي فقاء عيني عبد انشاء السيد دفعه اي العبد الي
الفاقي سيد واخذ قيمته منه او انشاء امسكه اي العبد
بلا اخذ النقصان هذا عند ابي حنيفة رح وقالا انشاء اخذ
قيمته ودفع رقبته الي الفاقي وانشاء امسكه وضمنه ما
نقصه وقال الشافعي رح يمسكه ويأخذ كل القيمة ان جني
مدبرا او ام ولد جناية ضمن السيد الاقل من قيمته اي
قيمة احدهما ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع با
الجناية وقد تعذر من جهة بسبب من جهة المولي ولا
حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولي في اكثر
من القيمة فان جني جناية اخري وقد دفع المولي القيمة
الي ولي الجناية الاولي دفعت اليه اي الي ولي الجناية
الاولي بقضاء اذ ليست في جناياته اي المدبر وام الولد
الا قيمة واحدة حتى لو اعتقه المولي وعليه جنايات لم يلزمه
الا قيمة واحدة وولي الجناية الثانية بالخيار انشاء اتبع
السيد وانشاء اتبع ولي الجناية الاولي ان دفعت القيمه
بلا قضا هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يتبع السيد ويتبع الاولي

شارك ولي الثانية

كولد

سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه حين دفع الي الاولي
لم تكن الجناية الثانية موجودة فلا يضمن له شيئا وله
ان القيمة يجب على السيد باعتبار منع الرقبة وانما منعها
بالتدبير السابق مثلا وذلك في حق اولياء الجنايتين
سواء فيجعل في حق اولياء الجنايتين كان دفع القيمة بعد
وجودهما وهناك ان دفع كل القيمة الي احدهما بقضاء
لم يضمن للثاني وان دفع بغير قضاء كان للثاني الخيار
فهذا مثله من غصب صبيا حرا لا يعبر عن نفسه فمات
معه اي مع الغاصب في يده فجاءة او بحمى لا يضمن وان
مات بصاعقة او نهش حية ضمن عاقلة الدية استحسانا
والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح
لان غصب الحر لا يتحقق وجه الاستحسان انه يضمن بالاتلاف
لا بالغصب لان نقله الي ارض مسبعة او الي مكان الصواعق
تسبيب للتلف لانها لا في كل مكان بخلاف الموت بالحمي و
الفجاءة لانه يكون في كل الاماكن حتي لو نقله الي موضع فيه
الحمي والامراض يضمن اما اذا كان الصبي يعبر عن نفسه فلا
ضمان فانه لا يثبت يد الاخذ عليه حكما لانه يعارضه بلسانه

كما في صبي ودع عبدا فقتله اي قتل الصبي العبد فانه تضمن
عاقلة الصبي قيمة العبد فانه اتلف الصبي مالا بلا ايداع ضمن
الصبي لا عاقلته وان اتلف مالا بعده اي بعد الايداع عنده
لا يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله
يضمن لانه اتلف مالا معصوما ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلاف حصل
عن تسليط عرفا اومن عادة الصبيان اتلاف المال واذا
اودع المال عند الصبي كانه اذنه بالاتلاف فلا يضمن بخلاف
ما اذا كان الوديعة عبدا لانه معصوم لحق الادمية اذ العبد
يبقى على اصل الحرية في حق الدم فلا يجوز للمالك تمكين غيره
من اتلافه كما انه ليس للمالك ولاية الاتلاف واما سائر
الاموال فللمالك ان يتلفها فيجوز له تسليط غيره على
الاتلاف في القسامة هي من القسم بمعنى اليمين يقال
اقسم بالله اقساما وقولهم حكم القاضي بالقسامة اسم
منه وضع موضع الاقسام ثم قيل للذين يقسمون قسامة وقيل
هي ايمان التي يقسم على اهل المحلة اللذين وجد القتيل فيهم
ميت به جرح او اثر ضرب او خنق او خروج دمه من اذنه او
عينه وجد في محلة او وجد اكثره او نصفه مع راسه لا يعلم

قاتله ادعي وليه اي ولي الميت القتل عمدا او خطاء على اهلها
اي اهل المحلة او ادعي على غير معين حلف خمسون رجلا حرا
مكلفا منهم يختارهم اي الخمسين الولي لان اليمين حقه وكيفية
اليمين بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ولا يحلف الولي ثم
اذا حلفوا وابرؤا عن القصاص وقضي على اهلها بالدية اي
بدية الميت فقوله هيت مبتدا وحلف خبره ثم قضي عطف عليه
والالف واللام في الدية يقوم مقام ضمير يعود الى المبتدا وذكر في
المبسوط وفي ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على
عواقلهم وما وقع في اكثر النسخ فاذا حلفوا اقضي على اهل المحلة
بالدية فيحتمل ان يراد به على عاقلة اهل المحلة عندنا وعند
الشافعي رحمه الله ان كان هناك لوث اي علامة القتل على واحد بعينه
كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة واحد
عدل او جماعة او غير عدل ان اهل المحلة قتلوه استحلف الاولياء
خمسين يمينا اهل المحلة اقتلوه ثم يقضي بالدية على المدعي عليه
سواء كان الدعوي بالعمد او الخطاء وقال مالك رحمه الله يقضي بالقود
ان كان الدعوي بالعمد وهو احد قول الشافعي رحمه الله وان لم يكن
هناك لوث حلف اهل المحلة على نحو ما قلنا وان لدعي الولي

القتل على واحد من غيرهم اي غير اهل المحلة سقط القسامة
عنهم اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط
القسامة عنهم فان لم يكن خمسون رجلا فيها اي في المحلة
كرر الحلف عليهم الى ان يتم خمسون يمينا وان كان العدد كاملا
فاراد الولي ان يكرر على احدهم لم يكن له ذلك لانه انما يصار
الى التكرار للضرورة ومن نكل عن اليمين حبس حتى يحلف
لان اليمين فيه مستحق تعظيما لامر الدم لا قسامة ولا دية
ان خرج الدم من فمه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من
هذه المجاري بلا فعل احد وفي قتيل وجد على دابة يسوقها
رجل فالدية على عاقلته اي عاقلة الرجل دون اهل المحلة
لان القتيل في يده فصار كما لو كان في داره والراكب على الدابة
والقايد لها كالسايق فالدية على عاقلة الراكب ان كان وحده و
على عاقلة القايد ان كان وحده وان اجتمع السايق والراكب
والقايد فالدية على عاقلتهم وفي قتيل وجد على دابة بين
قريتين فالقسامة والدية على اقربهما قيل هذا محمول على ما
اذا كانت بحيث يبلغ اهلها الصوت لانهم قصروا واما
اذا كانوا بحيث لا يبلغهم الصوت فلا شيء عليهم وان وجد

القتيل

القتيل في دار رجل يكون عليه القسامة اي خمسون يمينا
لان التدبير في حفظ الدار الخالص للمالك وتديه العاقلة
ان ثبتت البينة انها اي الدار له اي الرجل بالحجة حتى لو ثبت بالحجة
لا بد عاقلة وتدي عاقلة ورثته ان وجد القتيل في دار
نفسه هذا عند ابي حنيفة رح لان الدار في يده حال ظهور القتل
لمورثه فالدية على عاقلتهم وعندهما وعند زفر رح لا شيء فيه
قيل والحق هذا لان الدار في يده حال ظهور القتل فيجعل كانه
قتل نفسه وكان هدرا وان كانت الدار للورثة فالعاقلة
انما يتحملون ما يجب على الورثة تخفيفا لهم ولا يمكن الايجاب
على الورثة للمورث والقسامة على اهل الخطة اي على اصحاب
الاملاك القديمة للذين كانوا يملكونها حين فتح الامام
البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خط يتميز انصباءهم
دون السكان والمشترين هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان
النصرة على اهل الخطة دون غيرهم وقال ابو يوسف رح
اهل الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة و
الدية وقيل ان ابا حنيفة رح بنى هذا على ما شاهد بالكوفة
من عادة اهلها في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون

بتدبير المحلة لايشاركهم غيرهم في ذلك فان باع كلهم اي كل
اهل الخطة فعلي المشترين لانه زال من يتقدمهم فتدبير امر المحلة
اليهم فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها
لرجل والاخر ما بقي مثلا فالدية علي عدد الروس لان صاحب
القليل والكثير سواء في الحفظ والتقصير وان وجد في الفلك فا
القسامة والدية علي من فيه اي في الفلك من الركاب والملاحين
وان وجد في مسجد محلة فالقسامة والدية علي اهلها وان
وجد في سوق مملوك يجب علي ان المالك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف رح علي السكان وان وجد في سوق غير مملوك و
الشارع الاعظم الجامع والسجن لاقسامة وتجب الدية علي بيت
المال وعند ابي يوسف رح ان وجد في السجن فالقسامة والدية علي
اهل السجن وان وجد في برية لاعمارة بقربها فهدر وتفسير القرب
ما مر من استماع الصوت وهذا اذا لم يكن مملوكة فان كانت مملوكة
لاحد تجب القسامة والدية علي عاقلته وان وجد في ماء يمر به
هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وقال زفر رح علي اقرب
القرى القسامة والدية ولو كان محتبسا في نهر صغير لقوم معروفين فا
القسامة والدية عليهم ومستحلف قال قتله زيد مثلا ميزد

في حلفه وحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير زيد مثلا
لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله زيد فلا يقبل قوله
فيحلف بهذه الصفات لانه لما اقر بالقتل علي واحد منهم صار
مستثني عن اليمين فبقي حكم سواء فيحلف عليه وبطل شهادة
اهل المحلة بقتل غيرهم او بقتل واحد منهم هذا عند ابي حنيفة
وعندهما اذا شهد بعض اهل المحلة بقتل غيرهم تقبل هذه
الشهادة وفي رجلين في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما
قتيلا قال ابو يوسف رح ضمن الاخر ديته وقال محمد رح لا يضمن
لا يحتمل انه قتل نفسه لابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لا
يقتل نفسه فلا يعتبر هذا التوهم وفي قتيل قرية امراة اي في حد
لو قتيل في قرية الامراة فالقسامة عليها وكرر الحلف الخمسين
عليها وتدي عاقلتها هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
القسامة علي العاقلة ايضا لان القسامة انما يجب علي من كان من
اهل النصرة والمراة في الملك ليست من اهل التناصر ولهما
ان القسامة في القتل في المالك باعتبار ملك وتهمة قتل
المراة في الملك وتهمة القتيل كالرجل فكانت كالرجل في القسامة
والدية
والله اعلم العاقلة اي الجماعة العاقلة وهم الذين يردون

ماخوذ من العقل وهو الدية سميت به لانها تعقل اي تمنع
الدماء من ان تسفك ويقال عقلت القتيل اي اعطيت
ديته والعاقلة اهل الديوان هم اهل الرايات والجيش الذين
كتب اساميهم في الديوان وهو الجريدة اي القطع من قراطيس
جمعت وجردت من سايرها لوجه من دون الدواوين
وجمعها للولاة والقضاة يقال فلان من اهل الديوان اي ممن
يثبت اسمه في الجريدة لمن هو منهم اي من اهل وهذا عندنا
وعند الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولا نسخ بعده ولنا ان عمر رضي الله عنه
لما دون الدواوين فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من
الصحابة ولم ينكر عليه احد وكان ذلك اجماعا منهم وليس هذا
نسخا واجماعا على خلاف ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
فانهم علموا ان رسول الله صلعم انما قضى على العشيرة باعتبار
النصرة وكان قوة المراد ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر
الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان حتى انه كان القاتل
من قوم يتناصرون بالقبائل يعتبر ذلك وان كانوا يتناصرون
بالحرفة فعاقلته اهل حرفته فتوخذ الدية من عطياتهم حين

خرجت العطيات من الديوان والعاقلة حين وقبيله لمن ليس
منهم اي من اهل الديوان يوخذ من كل واحد من العاقلة في ثلث
سنين ثلثة دراهم او اربعة اي تقسم الدية عليهم في ثلث سنين
ولا يوخذ من واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وذكر القدوري
في مختصره تقسم عليهم في ثلث سنين ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم
في كل سنة والصحيح هو الاول وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف
دينار وان لم يتسع الحي لذلك بان نصيب الرجل اكثر من المقدار
ضم اليه اي الى الحي اقرب الاحياء نسبا ضم الاقرب فالاقرب كما
في العصبات وعلى هذا حكم الرايات والجيش اذا لم يتسع لذلك
ضم اليه اقرب الرايات نصرة اذا نابتهم نايبة الاقرب فالاقرب
والامر فيه مفوض الى الامام وان لم يتسع الدية الحي وما ضم اليه من
اقرب الاحياء نسبا يكون الباقي من الدية على الجاني لانه الاصل
في الجناية وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كا
حدهم وقال الشافعي رح ليس على القاتل شيء من الدية والعاقلة
للمعتق حي سيده قال صلى الله عليه وآله وسلم مولى القوم منهم والعاقلة
لمولى الموالاة حي مولاه اي حي مولاه وفيه خلاف الشافعي
والمعتبر للعاقلة في العجم اهل النصرة سواء كانت النصرة بالحرفة

او غيرهما كالقريب في السكنى في محلة مثلاً ومن لا عاقلة له بان كان لقيطا او نحوه يعطي الدية من بيت المال ان كان بيت المال مضبوطا لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة وعن ابي حنيفة ان الدية في ماله والا اي وان لم يكن بيت المال مضبوطا ففي الجاني الدية ولا تحمل العاقلة ما يجب بنفس القتل ابتداء ولا ما يجب بصلح او اقرار لم تصدقه العاقلة لان الاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لانه لا ولاية له عليهم ولا تتحمل العاقلة ما يجب بقتل عمد سقط قوده بشبهة مثل ما اذا قتل مكاتب عمدا وترك وفاء وله وارث وسيد كما مر او قتل ابنه عمدا فانه لا قود على الاب وتجب الدية في ماله لا على العاقلة فكما لا تتحمل عن العاقلة عبد فلهم لا تتحمل جناية العبد عاقلة مولاه او جناية عمد سواء كانت في النفس او في الاطراف قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا تعقل العاقلة عمدا او عبدا هذا معنى عن قوله او قتل ابنه عمدا او ولا ما دون ارش الموضحة اي اقل من نصف عشر الدية فان نصف العشر ارش الموضحة لان تحمل العاقلة للتحرز عن اجحاف المال ولا اجحاف في القليل بل يجب المال في الصور المذكورة على الجاني في ماله

الاكراه في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه

أي على جرائم المولى في كونه يخرج لجناية العبد العاقلة لكن لا يتحمل عن العاقلة عبوديتهم فلا يحمل جناية العبد صح

ولا يريده والكره بالفتح اسم منه وفي الشريعة هو فعل يوقعه المرء بغيره يقال اوقع فلان بفلان ما يسوءه فيفوت بذلك الفعل رضاه اي رضا الغير كما اذا اكرهه بالحبس او الضرب او يفسد به اختياره كما اذا اكرهه بالتهديد بالقتل او قطع العضو مع بقاء اهليته اي المكره لا يزول اهلية المكره بالاكراه ولا يسقط عنه الخطاب ولا يصير مجبورا على الفعل بحيث لا يكون له اختيار اصلا بل هو اهل الوجوب الخطاب بسبب العقل والبلوغ وله اختيار في الجملة فان الاكراه لا يكون على الفعل لا اختيار للمكره فيه فالاكراه نوعان احدهما ان يكون معدوما للرضا وهو ان يهدد بالحبس والضرب والثاني ان يكون مفسدا للاختيار وهو ان يكون بالتهديد بالقتل او قطع العضو ففوت الرضا عم من فساد الاختيار فان في الحبس والضرب يفوت الرضا لكن اختيار الصحيح باق وفي القطع والقتل لا رضا ولكن له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد ورضا في مقابلة الكراهة وان اختيار في مقابلة جبر في الاكراه بالحبس والضرب لا شك ان الكراهة موجودة فالرضا معدوم لكن الاختيار متحقق مع وصف الصحة لان الاختيار انما يفسد لخوف تلف النفس والعضو

لان كل امر فيه تلف احدهما فالامتناع عنه كانه مجهول في
طبيعة جميع الحيوانات فالامتناع اختيار ما فهو اختيار صورة
قريب من الجبر وفي الاكراه عند خوف تلف او ل العضو اختيار
الامتناع عما فيه مظنة الهلاك اختيار فاسد لان الانسان
عليه مجبور فكان الطبع عليه محقق وشرط في تحقق الاكراه
قدرة الحامل اي المكره على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او
لصا والذي قاله ابو حنيفة من ان الاكراه لم يكن يتحقق الا من
السلطان لان القدرة لا تكون الا من السلطان فقد قالوا هو اختلاف
عصر وزمان الاختلاف حجة وبرهان لان في زمان ابي حنيفة
لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الاكراه فاجاب على
ما شاهد في زمانه وفي زمانهما ظهر الفساد فصار الامر الى
كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل وشرط خوفه الفاعل
اي المكره ايقاعه اي ايقاع ما هدد به وذلك بان يغلب على
ظن المكره يوقع ما هدد به فان غلب على ظنه انه لا يفعل به لم
يكن اكراها وشرط كون المكره به اي ما هدد به متلفا نفسا
او عضوا فهذا النوع من الاكراه هو الملجي المفسد للاختيار
او كون المكره موجبا غما يعدم الرضا كالحبس المديد والضرب

المولم وهذا يختلف باختلاف الناس فان الاراذل يغتمون با
الضرب والحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها في حقهم بل الضرب
المبرح وكذا الحبس الا ان يكون مديدا يتضجر منه وذلك على قدر ما يراه
الحاكم اذا رفع اليه واما الاشراف فانهم يغتمون بمجرد كلام فيه
خشونة فمثل هذا يكون اكراها لهم وشرط كون الفاعل اي المكره
ممتنعا ما اي عن الفعل الذي اكره عليه قبله اي قبل الاكراه
اما لحقه كبيع ماله اذا اتلفه اي اعتاق عبده او لحق ادمي
اخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كالزنا وشرب الخمر واكل
الميتة فلو اكره بالملجي كالقتل وقطع العضو وضرب يخاف منه
التلف على نفسه او عضو من اعضائه او غيره اي غير الملجي كا
الضرب الشديد والحبس المديد على بيع ماله ونحوه كشرا سلعة
او اجارة داره او على اقرار الرجل بالف سنة فهو بالخيار ان شاء
فسخ هذه التصرفات لان الاكراه يعدم الرضا والرضا شرط هذه
التصرفات او انشاء اعني هذه التصرفات واذا باع مكرها يملكه
اي المبيع المشتري ان قبض المبيع لان بيع المكره فاسد لان ركن
البيع صدر من اهله في محله ويتم بالقبض والفساد لفوت
الوصف وهو الرضا وفي البيع الفاسد يصير المشتري مالكا بالقبض

عندنا وعند زفر لا يملك فيصح اعتاقه اي اعتاق المشتري
وتدبيره واستيلاده وكل تصرف لا يمكن نقضه ولكن لزمه
قيمته اي قيمة المبيع فان قبض البائع بالاكراه ثمنه اي ثمن
المبيع طوعا او سلم المبيع طوعا نفذ البيع ولا يبقى للبائع حق الرجوع
لان الطوع دليل اجازة البيع ولو اكره على ان ياكل الميتة اي
الدم او لحم الخنزير او يشرب الخمر بحبس او ضرب او قيد لم يحل
له ذلك لان الالجاء لا يتحقق وحل بالملجي شرب الخمر واكل
الميتة ونحوه مما عددناه لان حرمة هذه الاشياء ثابتة في
الحال الاختيار وقد تحققت الضرورة هنا فانتفت هذه
الاشياء بسائر الاطعمة والاشربة ولا يسعه ان يصبر على ما
توعد به حتى ان صبر اثم وعن ابي يوسف لا ياثم وهكذا فيمن
اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات يكون اثما
وعن ابي يوسف انه لا ياثم ورخص به اي الاكراه الملجي من هو
يخاف عن اتلاف نفس والعضو اظهار كلمة الكفر فان اظهر
ذلك وكان قلبه مطمئنا بالايمان لا ياثم لحديث عمار بن
ياسر فان المشركين اخذوه ولم يتركوا حتى سب النبي صلى الله
عليه وآله وسلم وذكر الهتهم بخير فاتى النبي فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم

فان عادوا

فان عادوا فعد اي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب
وبالصبر اي الصبر حتى قتل او قطع عضوه ولم يظهر الكفر اجر
اي كان ماجورا مثابا فان المشركين اخذوا خبيبا وعاقبوه
على ان يذكر الهتهم بخير ويسب النبي صلعم وهو يسب الهتهم
ويذكر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بخير حتى قتلوه فسماه النبي
صلى الله عليه وسلم افضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة والفرق
بين الكفر وشرب الخمر ان الشرب حل عند الضرورة والكفر
لا يحل ابدا فترخص اظهاره مع قيام دليل الحرمة لان التصديق
بالقلب باق فلا يفوت حق الله بالكلية ورخص بالاكراه
الملجي اتلاف مال مسلم لان حرمة النفس فوق حرمة المال
فاستقام ان يجعل اتلاف المال وقاية لحفظ النفس ولكن اخذ
مال الغير ظلم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع الظلم
فصار مثابا وان اكره على اتلاف مال مسلم بالحبس او الضرب
لا يسعه ذلك وضمن المال المتلف الحامل اي المكره بكسر الراء
لا المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا
القبيل فكان المكره اخذ المكره واتلف به المال لا برخص بالاكراه
الملجي قتله اي قتل المسلم بل يصير المكره حتى يقتل فان قتل المسلم

كان المكره القاتل اثماً ولكن يقاد هو اي الحامل فقط ان كان القتل عمداً
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الفاعل يصير آلة له وعند زفر رحمه الله يجب
القود على المكره لانه القاتل وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب القود عليهما
وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما على الفاعل فبالمباشرة واما على
الحامل فبالسبب وصح نكاحه اي نكاح المكره وطلاقه وعتقه
اي اعتاقه وعند الشافعي لا يصح هذه التصرفات ويرجع المكره
بقيمة العبد المعتق على المكره الحامل في الاكراه على الاعتاق
لان الاعتاق من حيث انه اتلاف يضاف الى الحامل لان
الاتلاف فعل يمكن فيه جعل الفاعل آلة للحامل وان لم يكن
جعل الفاعل آلة للحامل وان لم يمكن جعل الفاعل آلة في
التلفظ بالاعتاق وبنصف المسمى اي يرجع المكره بنصف المسمى
في صورة الاكراه بالطلاق وان لم يطأ لان نصف المهر في
المعرض السقوط بارتدادها وتقبيل ابن زوجها فيتاكد ما
الطلاق قبل الدخول فمن هذا الوجه يكون اتلافاً للمال الى
الحامل بجعل الفاعل آلة له بخلاف ما اذا دخل لان المهر تاكد
بالدخول فلا يجب الضمان فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح
وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال قبل المهر يجب بالعقد

والطلاق

۳۲۵

والطلاق شرط والحكم لا يضاف الى الشرط وايضاً سقوط
المهر بالفرقة من قبلها مجرد وهم فلا اعتبار له فينبغي ان
لا يضمن الحامل على الطلاق وصح نذره حتى لو اكره على ان
يوجب على نفسه صدقة او صوماً او حجاً او شيئاً يتقرب به
الى الله تعالى لزمه ذلك وكذا صح يمينه بان اكره على اليمين بشيء
من ذلك او بغيره لان النذر واليمين فيما لا يحتمل الفسخ وما
لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع
الصحة كالعتاق لان اثر الاكراه في فوت الرضا واثره في عدم
اللزوم واثره في ثبوت حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يتاتى فيه
اثر الاكراه وصح ظهاره فان اكره على ان يظاهر امراته كان مظاهراً
لان الظهار من اسباب التحريم فيستوي فيه الجد والهزل و
الاكراه ورجعته لانها استدامة للنكاح فتلحق به وايلاؤه
لان الايلاء يمين في الحال وطلاق في المال والاكراه لا يمنع كل
واحد منهما وفيئه فيه اي في الايلاء لان الفيء كالرجعة في
استدامة النكاح وصح اسلامه لكن بلا قتل لو رجع اي ان اسلم
المكره ثم ارتد لا يقتل لتمكن الشبهة في اسلامه والشبهة دارئة
للقتل لا يصح ابراؤه عن دينه او كفيله وكاردته فلو اكره على الردة

لايرتد ولا تبين امرأته لان الردة تتعلق بالاعتقاد وفي
اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك وان اكره
على الزنا وزنى حد عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يحد الا اذا
اكره سلطان فح لا يحد اتفاقا قيل الظاهر ان كون الاكراه مسقطا
للحد متفق عليه فيما بينهم بل هذا الاختلاف انما هو في تحقق
الاكراه من غير سلطان فعند ابي حنيفة رح لا يتحقق الاكراه من غير
السلطان كما شاهده في عصره فالزنا في الصورة المذكورة لا
يكون مع الاكراه فيحد فاذا اكره السلطان فزنى لا يحد لو
جود الاكراه من السلطان وغيره كما هو في عصرهما فلا يحد سواد
اكرهه السلطان او غيره فيكون هذا الاختلاف اختلاف
عصر وزمان وقيل بل هذا اختلاف حكم **كتاب**
الحجر والاذن هو اي الحجر في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم
حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبيح
وفي الشرع منع نفاذ القول واما افعال الجوارح فلا يتحقق فيها
الحجر فالصبي والمجنون اذا اتلف مال الغير يجب الضمان كما
سيجيء وسببه اي سبب الحجر الصغر فلا يصح تصرف صغير
الا باذن وليه والجنون فان كان المجنون مغلوبا وهو الذي

تصرف

لايفيق

لا يفيق فتصرفه لا ينعقد وان لحقه الاجازة لانه عديم
العقل وان لم يكن مغلوبا بان يجن ويفيق وهو المعتوه
ينعقد تصرفه لكن يتوقف على الاجازة والرق فالرقيق لا ينعقد
تصرفاته الا الطلاق فانه يملك الطلاق بدون اذن المولى والمجنون
وضمنوا اي الصغير والمجنون والرقيق بالفعل اي ان اتلفوا
شيئا ضمنوا حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة لانسان فكسرها
يجب الضمان عليه في الحال وان اقر وكذلك العبد والمجنون اذا
اتلفا شيئا لزمهما ضمانه في الحال وان اقر العبد بمال لم يلزمه
في الحال بل اخر الى زمان العتق الاقرار بمال لان اقراره
نافذ في حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ لمانع
وهو حق سيده فاذا زال المانع بالعتق نفذ اقراره وان اقر
العبد على نفسه بحد كما اذا اقر انه زنى او قصاص كما اذا اقر
انه قتل عمدا عجل بحد وقود ولا يؤخرون الى زمان العتق
لانه يبقى على اصل الحرية في الحدود والقصاص لانهما من خواص
الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان
مملوكا من حيث انه مال ولا يحجر حر مكلف بسفه هو خفة
يعتري الانسان من غضب او فرح يحمله على القول من غير روية

وفي لسان اصحاب الشرع هو العمل بخلاف موجب الشرع
وهو اتباع الهوي وترك ما يوجبه العقل والسفيه من
عادته الاسراف ويتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض
لا يعده العقلاء غرضا وفسق ودين هذا عند ابي حنيفة
وعندهما وعند الشافعي رحمه الله يحجر علي الفاسق ايضا زجرا له
ويحجر مفت ماجن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة مثل
ان يعلم المراة حتى ترتد فتبين من زوجها ويعلم الرجل
ان يرتد فيسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم
حلالا او يحل حراما وطبيب جاهل هو الذي يسقي الناس في
امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم بذلك
ومكار مفلس وهو الذي يكاري الدابة وياخذ الكراء
الناس يعتمدون عليه فاذا جاء اوان السفر لا دابة له
فينقطع المكتري عن رفقته فضرر هولاء الثلثة عام
فالمفتي الماجن يفسد علي الناس دينهم والطبيب الجاهل
يفسد ابدانهم والمكاري المفلس تفسد اموالهم فيحجر
عليهم فاذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله
حتي يبلغ خمسا وعشرين سنة فهذا سن يمكن ان يصير

اذا بلغ المرء

جدا لان ادني مدة البلوغ اثنا عشر سنة وادني مدة الحمل ستة
اشهر ففي هذه المدة يمكن ان يولد له ابن ثم في ضعف هذه
المدة يولد لابنه ابن فيصير في خمس وعشرين سنة جدا ولو
تصرف غير الرشيد في ماله يصح تصرفه قبله اي قبل خمس و
عشرين سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز تصرفه في
ماله قبله وبعده اي بعد خمس وعشرين يسلم اليه ماله
بلا رشد وقالا لا يسلم اليه ماله حتي يصير رشيدا واذا
وجب ديون علي رجل وطلب غرماؤه حبسه حبس القاضي
الحر المديون لدينه واذا حبسه شهرين او ثلثة سال
عن ماله فان لم يظهر له مال خلي سبيله وان كان دينه دراهم
وماله دراهم قضي القاضي بغير امره دراهم دينه من دراهمه
لان للداين حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان تعينه
علي ذلك وكذا اذا كان دينه دنانير وماله دنانير قضي القاضي
دنانير دينه من دنانيره لما ذكرنا وان كان دينه دراهم وله دنانير
او علي عكس ذلك باع القاضي كلا من الدراهم والدنانير لقضاء
الاخر وهذا استحسان والقياس ان لا يبيع الدراهم لاجل دنانير
الدين ولا الدنانير لاجل دراهم الدين لانهما مختلفان وجه

الاستحسان ان الدراهم والدنانير جنسان صورة جنس واحد
معنى لانهما متحدان في الثمنية لا يبيع القاضي عروضه وعقاره
لان للناس في الاعيان اغراضا فلا يجوز للقاضي ان ينظر لغرمائه
على وجه يلحق الضرر به اما النقود فوسايل ولا غرض في
اعيانها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا امتنع المديون بيع
العرض والعقار للدين فالقاضي يبيعهما ويقضي دينه
ومن افلس ومعه عرض شراه من رجل ولم يعطه ثمنه
فبايعه اي بايع ذلك العرض اسوة للغرماء في ذلك العرض
وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري ثم يكون للبايع خيار
فسخ البيع وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال
الاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة لكن الاحبال لا يكون
الا مع الانزال فجعل سببا للبلوغ وبلوغ الجارية بالاحتلام و
الحيض والحبل فالحبل لا يكون الا مع الانزال والحيض لا يكون
الا ممن يحبل وغالبا يكون بعد الانزال فان لم يوجد هذه العلامات
فحتى يتم لهما خمس عشرة سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وبه يفتى وعند ابي حنيفة رح ثماني
عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للجارية وعن ابي حنيفة رح

فحتى

للغلام تسع عشرة

للغلام تسع عشرة سنة وادنى مدته اي مدة البلوغ له اي
للغلام اثنتا عشرة سنة ولها اي للجارية تسع سنين فصدقا
اي الغلام والجارية ح اي حين بلغ الغلام اثنتي عشرة سنة
والجارية تسع سنة ان اقر الغلام والجارية به اي بالبلوغ
ويكون احكامهما احكام البالغين لان البلوغ امر لا يعرف الا
من جهتهما فيقبل فيه قولهما والله اعلم
المأذون الاذن في اللغة الاعلام وفي الشرع فك الحجر الثابت
بالرق واسقاط الحق اي حق المولى ثم يتصرف العبد لنفسه
باهليته فان الاصل في الانسان ان يكون مالكا للتصرفات
فاذا عرض تعلق حق المولى به صار مانعا لكونه مالكا للتصرف
فاذا اسقط المولى حقه وازال الحجر فهو مالك بالمالكية الاصلية
لنفسه هذا عندنا وعند الشافعي رح الاذن توكيل وانابة للعبد
مناب المولى فلم يرجع بالعهدة على سيده هذا تفريع على انه
يتصرف لنفسه فانه اذا اشترى شيئا لا يطلب العبد الثمن من المولى
لانه يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل فانه يطلب الثمن من الموكل
ولو اذن العبد يوما فهو مأذون ابدا الى ان يحجر لان الاسقاط و
الاسقاطات لا يتوقت كالطلاق والعتاق وكذا لو اذن في

نوع من التجارة فهو ماذون في جميع انواع التجارة وعم اذنه
وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع واما
اذا اذن بشراء شئ معين فانه استخدام وليس باذن ويثبت
الاذن صريحا بان قال اذنت لك ودلالة كما اذا راه سيده يبيع
ويشتري ويسكت فانه يصير ماذونا عندنا ولا فرق ان يبيع عينا
مملوكا للمولي او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
وانما يصير ماذونا دفعا للغرور عن الناس وفيه خلاف
زفر ره والشافعي ره فيبيع ويشتري مطلقا ولو كان البيع والشراء
بغبن فاحش عند ابي حنيفة ره وقالا لا يجوز بالغبن الفاحش
ويوكل بهما اى بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة ويرهن
ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء فيكونان من توابع التجارة و
يتقبل الارض اي يستاجرها او ياخذها مزارعة ويشتري
بذرا يزرعه لان هذه تصرفات يبتغي بها الربح ويشارك
شركة عنانا احترازا عن شركة المفاوضة فانه ليس له
ذلك لانها تتضمن الكفالة بطلب وهو لا يملكها ويدفع المال
مضاربة وياخذه مضاربة ويستاجر ما يحتاج اليه كا
الاجير والبيت وغيرهما ويوجر نفسه لان الاجارة تجارة

وفيه

وفيه خلاف الشافعي ره ويقر بوديعة وغصب ودين لان
الاقرار من توابع التجارة اذ لم يصح لاجتنب الناس مبايعته
ومعاملته ولو كان اقراره بها بعد الحجر فانه ان اقر بعد الحجر
ان ما في يده امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين على نفسه
فاقراره جائز عند ابي حنيفة ره وقالا لا يصح اقراره ويؤخذ
به بعد العتق وما في يده للمولاه ويهدي طعاما يسيرا
لان التاجر يحتاج اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وعن
ابي يوسف ره ان العبد المحجور عليه اذا دفعه المولي قوت يومه
فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام لا باس به بخلاف ما
اذا دفع قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر فيتضرر به
المولي وكذا يضيف من يطعمه ويعامله لا من يطعمه ويحط من
الثمن لعيب في مبيعه قدرا عهد بين التجار لانه من صنعهم
وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ولا يتزوج ولا
يزوج عبده او امته لانه ليس من التجارة وقال ابو يوسف ره له
تزويج الامة لانه يحصل المال ولا يكاتب رقيقه لانه ليس بتجارة
وكل دين وجب بتجارة كالبيع والشراء صورة ووجوب الدين بالبيع
هو ان يبيع وقبض الثمن ويستحق المبيع من المشتري والثمن قد هلك

في هذا البيع او بما هو في معناها اي معنى التجارة كغصب و
وديعة جحدها وغصب وامانة جحدها وكذا مال المضاربة و
العارية والبضاعة هذه الاشيا عند الجحود ينقلب غصبا وكان
الضمان الواجب بهذه الاشيا ضمان غصب وضمان الغصب
ضمان معاوضة فكان الواجب بما هو في معنى التجارة و
ذكر امانة بعد الوديعة لان الامانة اعم من الوديعة الدين
وعقر وجب بوطي مشريه بعد الاستحقاق لاستناد العقر
الى الشرا فانه لولا الشرا لوجب عليه الحد ولم يجب العقر فيكون
في معنى دين التجارة بخلاف ما اذا تزوج المكاتب امراة
فوطيها ثم استحقت لان وجوب المهر بالنكاح وهو ليس
بتجارة يتعلق خبر مبتدا قوله وكل دين برقبته يباع
المأذون فيه اي في كل واحد من الديون المذكورة و
يقسم ثمنه بين اصحاب الديون بالحصص ويتعلق بكسبه
سواء حصل الكسب قبل لحوق الدين او بعده وبما اتهب
اي قبول الهبة فيه هذا عندنا وعند زفر رحمه الشافعي رح لا يباع
هو في الدين لكن يباع كسبه لان غرض المولى حصول مال لم يكن
لا فوت ما قد كان ولنا ان الدين ظهر في حق المولى فيتعلق

برقبته دفعا للضرر عن الناس لا يتعلق دينه بما اخذ سيده
من يده قبل الدين بل سلم للمولى ما اخذ منه لانه وجد شرط
الخلوص للمولى وان بقي شيء من ديونه طولب بما بقي
من الديون بعد عتقه لثبوت الدين في ذمته وللسيد اخذ
غلة مثله مع وجود دين وهذا استحسان والقياس ان
لا يجوز اخذ الغلة مع وجود الدين لان الدين مقدم على
حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع
الغرما لان حقهم يتعلق بمكاسبه ولا يحصل المكاسب الا
ببقاء الاذن في التجارة فلو منعنا المولى من اخذ الغلة
يحجر عليه فينسد باب الاكتساب والباقي للغرماء اي ما بقي في
يده بعد اخذ السيد الغلة للغرما وينحجر اي يصير العبد المأذون
محجورا ان ابق وقال الشافعي رح يبقى مأذونا لان الاباق لا
ينافي ابتداء الاذن فان اذن الابق يصح فلان لا ينافي بقاءه اولى
ولنا ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن فكذا دلالة الحجر كا
التصريح بالحجر وقد وجد دلالة الحجر اذ الظاهر ان المولى
لا يرضى بتصرف الآبق المتمرد او مات سيده او جن مطبقا
اما اذا لم يكن مطبقا بان يجن ويفيق لا ينحجر او لحق بدار الحرب

مرتدا لان اللحوق كالموت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته او
حجر عليه بشرط ان يعلم هو اي المادون واكثر اهل سوقه
دفعا للضرر عن الناس وقال الشافعي رح يصح الحجر عليه بغير
علم العبد واهل السوق وتنحجر الامة المادونة ان استولدها
سيدها وعند زفر لا تنحجر وضمن المولى قيمتها اي قيمة الامة
المستولدة للغريم لاتلافه محلا تعلق به حق الغريم ولو
شمل دينه ماله ورقبته لم يملك سيده ما معه من كسبه
هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما يملك لان الرقبة ملكه فكذا
الاكتساب وله ان ملك المولى يثبت خلافة عن العبد بعد فراغه
من حاجته وهنا كسبه مشغول بحاجته فلم يعتق عبد
كسبه ... المادون باعتاقه اي باعتاق السيد عند ابي حنيفة رح وعندهما
يعتق ويضمن السيد قيمة العبد للغرماء وان لم يشتمل دينه
السيد ماله جاز اعتاق عبد كسبه المادون بالاجماع وبيع المادون
الذي شمل دينه ماله ورقبته متاعه من سيده بالقيمة
لان سيده اجنبي عن ماله اذا كان عليه دين محيط وليس في
البيع بمثل القيمة ابطال حق الغرماء وان باع باقل من القيمة
لا يجوز عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ويخير المولى بين

ازالة

ازالة المحاباة ونقض البيع وبيع سيده متاعه منه جاز اي بيعه
بالقيمة او باقل من القيمة لانه لا تهمة في هذا البيع فان باع
السيد متاعه عن المادون باكثر من القيمة نقض البيع او
حط الفضل واذا باع السيد منه شيئا بطل ثمنه اي سقط عن
ذمة العبد ان سلم السيد مبيعه قبل قبضه اي قبض الثمن
لانه بتسليم المبيع سقط حق المولى في الحبس ولم يبق ملك
اليد الذي كان ثابتا له فلو بقي الثمن يبقى دينا في ذمة العبد
والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن
عرضا فان المولى اخذ بدل العرض من الغرماء لانه بالعقد
ملك العرض بعينه وان باع المولى من العبد شيئا ولم
يسلم المبيع يكون له اي للمولى حبس مبيعه في يده لثمنه لان
البائع له حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن وصح اعتاقه
اي اعتاق السيد عبدا مادونا مديونا سواء كان الدين
محيطا او لم يكن لان ملك المولى فيه باق وضمن سيده
للغريم الاقل من قيمته ومن دينه اي اذا كان الدين اقل
من القيمة ضمن الدين اذ لا حق للغرماء الا في الدين وان كان
القيمة اقل من الدين ضمن القيمة لان تعلق حقهم بالقيمة

والسيد تلفظا بالاعتاق ولو قدم عبد من مصر او قال انا عبد
فلان واشترى وباع فهو على وجهين احدهما ان يخبر ان
مولاه اذن له فيصدق عدلا كان او غير عدل فيكون ما
دونا وثانيهما ان يكون ساكتا عن اذنه وحجره لا يخبر بشيء
فهو ماذون استحسانا والقياس ان لا يكون ماذونا لان السكوت
محتمل وجه الاستحسان ان الظاهر انه ماذون حملا لا
مر المسلم على الصلاح ودفعا للضرر عن الناس ولكن لا
يباع العبد لدينه الا اذا اقر سيده باذنه بعد ما حضر
وان قال السيد هو محجور فالقول له لتمسكه بالاصل
فان المولى اذا لم يقر بالاذن فالدين لا يظهر في حقه
والمعاملون انما تضرروا لانهم اعتمدوا على ظاهر
الحال والمولى لم يغرهم وتصرف الصبي ان نفع للصبي
نفعا محضا كالاسلام فانه اعظم المنافع والاتهاب
اي قبول الهبة صح بلا اذن من المولى وقال الشافعي
لا يصح وان ضر للصبي كالطلاق او العتق لا يصح وان اذن
وليه به اي بالتصرف الضار وما نفع وضر كالبيع والشراء
فانه يصح هذا النوع من التصرف وينعقد لكن علق نفاذه

باذن وليه حتى ينعقد بيعه وشراؤه باذن وليه بشرط ان يعقل
ان البيع يكون سالبا للمبيع والشراء يكون جالبا له والحاصل
ان الصبي مستحق للنظر والتصرفات ثلثة انواع ضار محض كا
لطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملك الصبي وان
اذن له وليه ونافع محض كقبول الهبة والصدقة تملكه الصبي
بغير اذن وليه ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء و
الاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه لان الصبي العاقل
يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذي
لا يعقل من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور
وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ في النافع المحض وبا
الطفل في الضار المحض وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم
الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة
الاذن ولكن قبل الاذن يكون هذا النوع من التصرف منعقدا
موقوفا على الاجازة ووليه اي ولي الصبي ابوه ثم وصيه
اي وصي ابيه وهو الذي استخلفه ابوه بعد موته بالتصرف
في ماله ولده ثم جده اي اب الاب وان علا ثم وصيه اي
وصي الجد ثم القاضي او وصيه اي وصي القاضي وهو الذي

امره القاضي بالتصرف في ماله اليتيم وانما سمي وصيا مع ان
الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت لانه وصي الاب فان فعل
القاضي يصير كفعل الاب فاما الام فلا يصح الاذن منها له في
التجارة ولو اقر الصبي المأذون بما معه وفي يده من
كسبه او ارثه صح فان المولى اذا اذن الصبي بالتجارة صح
اقراره بكسبه لانه من تمام التجارة اذ لو لا يصح الاقرار لا يعامله
الناس مع ان اقرار الولي لا يصح وصح اقراره بموروثه ايضا في
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يصح اقراره فيما ورثه عن
ابيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى الاذن في التجارة عن ابيه لان صحة
اقراره في كسبه لحاجته الاولى ولا حاجة في الموروث وعن ابيه

كتاب الوصايا

هي جمع وصية فيقال اوصى فلانا الى زيد
ليعمل ويكون ايضا ووصى به توصية والوصية والوصاية
اسمان في معنى المصدر والوصية هي ايجاب بعد الموت والقياس
يأبى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية الا
انا استحسنا جوازها لحاجة الناس اليها لان الانسان ...
ان ينتفع بماله مدة الحيوة ثم بعد موته يصرف الى الخيرات
فيحتاج الى تصرف يفيد هذا الغرض وقد بقي المالكية بعد الموت

باعتبار الحاجة

باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والتكفين والدين
وندبت الوصية باقل من الثلث وقال بعض الناس الوصية
واجبة على من له يسار عند ورثته اي الموصي واستغنائهم
بحصتهم من الميراث كتركها بلا احدهما اي ندب ترك الوصية
ان لم يكن الورثة اغنياء ولا يصيرون اغنياء بحصتهم من
الميراث لان ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية
والوصية تصدق على الاجنبي والاول اولى لقوله عليه الصلوة
والسلام افضل الصدقة على ذي رحم كاشح وقيل يخير في هذه
الحالة لان احدهما صدقة والاخرى صلة وصحت الوصية
للحمل وبه بان اوصى لرجل بما في بطن امته ان ولدت
الحامل لاقل من مدته اي مدة الحمل وهي ستة اشهر اما
الاول فلان الوصية اخت الميراث والجنين صلح وارثا
فكذا صلح موصى له فان قيل الوصية يحتاج الى القبول وهو
ليس من اهل القبول قلنا الوصية يشبه الميراث ويشبه
الهبة فلشبهها بالهبة اذا حصلت لمن يتصور منه القبول
ولشبهها بالارث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور
منه القبول واما الثاني فلانه يجري في الحمل الوراثة

غناء — غني
كاشح كالكبح والاكبح الاحرج والمقعد
يشترط القبول

فيجري فيه الوصاية لان الوصية اخت الميراث من وقتها
اي من وقت الوصية للحمل وفيه لعلمنا بوجود الحمل وقت الوصية
بخلاف ما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر وقيل المعتبر اقل
مدة الحمل من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية والاول
قول الطحاوي واختيار الهداية وصحت هي اي الوصية و
الاستثناء في وصية بامة الا حملها لان الاصل ان ما يصح افراده
بالعقد يصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالعقد فيصح استثناؤه
وصحت الوصية من المسلم للذمي وبعكسه اي من الذمي للمسلم
لانه بعقد الذمة يساوي المسلم في المعاملات حتى جاز التبرع
من الجانبين في حال الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير
الوصية لحربي في دار هم باطلة في السير الكبير ما يدل على الجواز
وجه التوفيق انها لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز وصحت بال
ثلث للاجنبي لا تصح في اكثر منه اي من الثلث الا باجازة
الورثة لان سعدا رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم اوصي
بجميع مالي قال لا قال اوصي بنصف مالي قال لا قال اوصي بثلث مالي
قال الثلث والثلث كثير ولا تصح الوصية لوارثه لقوله عليه السلام
لا وصية لوارث الا باجازة بقية الورثة وقاتله عامدا

كان او خاطيا بعد ان يكون القتل مباشرة الا باجازة ورثته
وعن ابي يوسف لا تصح للقاتل باجازة الورثة ايضا اما اذا كان
القتل بالتسبيب كحفر البئر ووضع الحجر في غير ملكه تصح للقاتل
وعند الشافعي يجوز الوصية للقاتل ولا من صبي سواء
مات قبل البلوغ او بعده وقال الشافعي تصح اذا كان الوصية
في وجوه الخير ولا من مكاتب ترك وفاء [illegible] لانه ليس من اهل
التبرع وقيل لا تصح عند ابي حنيفة وعندهما تصح وقدم الدين
عليها لان اداء الدين واجب والهبة تبرع وتقبل الوصية بعد
موته اي موت الموصي لان زمان ثبوت حكمه بعد الموت
وبطل قبولها وردها في حيوته اي حيوة الموصي حتى لو قال له
في حيوته لا اقبل ثم قبل بعد موته صح عندنا خلافا لزفر
اي بالقبول بعد الموت يملك الموصى به وبعد القبول يلزمه
ولا يصح رده على الورثة بلا رضاهم وان رد الموصى له الوصية بطلت
عندنا وقال زفر وهو احد قول الشافعي لا تبطل الا في مسئلة
واحدة فانه يملك بلا قبول وهي ما اذا مات موصيه ثم مات
هو اي الموصى له بلا قبول فهو اي الموصى به يكون ملكا لورثته
اي لورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لان

الملك موقوف على القبول وقد امتنع بالموت وجه الاستحسان
ان الوصية تمت من جانب الموصي بموته بحيث لا يلحقها
الفسخ من جهة وانما التوقف لحق الموصى له وهو القبول
فاذا مات بطل حقه لانه لم يبق اهل القبول فدخل في ملكه وله
اى الموصي ان يرجع عنها بقول صريح مثل رجعت عما اوصيت
لفلان او فعل يدل على الرجوع وذلك مثل فعل يقطع حق
المالك عما غصب كما اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن
ثم غزله او بغزل ثم نسجه او بحديد فاتخذه اناء ونحو ذلك
كما مر في كتاب الغصب من قوله فان غصب وغير فزال اسمه
واعظم منافعه ضمنه وملكه فهذا التغيير رجوع عن الوصية
او فعل من الموصي تزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه الا به
اي الا معه مثل ما اذا لت السويق الموصى به بسمن لان تسليمه
وحده متعذر ولا يمكن نقض ما صنع ومثل البناء في الدار
الموصى بها او مثل تصرف من الموصي يزيل ملكه كالبيع
والهبة فلو باع الموصي العين الموصى بها ثم اشتراها او
وهبها ثم رجع فيها بطلت الوصية لانه بالبيع والهبة زال
الملك والوصية لا ينفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا لا

بغسل ثوب موصى به لان غسل الثوب لا يكون دليل الرجوع
بل هو امارة تقرير الوصية لان من يعطي ثوبا انسانا يغسله
عادة ولا بجحوده فان جحد الموصي الوصية لا يكون رجوعا
وعند ابي يوسف رح الجحود رجوع وتبطل هبة المريض وو
صيته لمن نكحها بعدها اي وهب المريض لامراة شيئا او
اوصى لها بشيء ثم تزوجها ثم مات تبطل الهبة والوصية لان
الوصية ايجاب بعد الموت وهي وارثة ح والوصية للوارث
باطلة واما الهبة فهي ان كانت منجزة صورة فهي كالمضافة
الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا وتقريرها
حكمها بعد الموت الا ترى انهما يعتبر من الثلث ويبطل الدين
المستغرق كاقراره اي اقرار المريض ووصيته وهبته لابنه كافرا
او عبدا ان اسلم الابن او اعتق العبد بعد ذلك اي بعد الاقرار
والوصية والهبة فانه اذا اقر المريض لابنه الكافر او اوصى
له او وهب له ثم اسلم الابن قبل موت الاب بطل ذلك كله اما
الاقرار فلان البنوة قائمة وقت الاقرار والبنوة سبب الارث
فاعتبر ايراثا لتهمة الايثار فصار ملحقا بالوصية واما
الوصية والهبة فلما مر وكذا ان كان الابن عبدا او مكاتبا ثم

وبعد الاقرار

اعتق لما بينا أو هبة مقعد ومفلوج واشل ومسلول يعتبر
من كل ماله انطال مدته وصار بحال لم يخف موته عالباً لهو
كالصحيح لانه اذا طال ذلك صار طبعاً من طبايعه ومدة تطاول
مقدرة بالسنة المفلوج من فلجت الشي اى شققته بنصفين
لانه ذهاب النصف والشلل ضاد في اليد والمسلول الذي سلت
انثياه اي نزعت خصياه كذا في المغرب والا يطل مدة ذلك
فمن ثلثه اي من ماله يعتبر هبته وان اجتمع الوصايا مثل الحج
والزكوة والكفارات وضاق عنها ثلث المال فان كان بعضها
فرضا وبعضها نفلا قدم الفرض قدمه الموصي او اخره لانه
اهم وان تساوت الوصايا قوة بان كانت كلها فرايض او كلها
نوافل قدم ما قدم الموصي لان الظاهر من حال الانسان انه
يبدا بما هو الاهم عنده وان اوصي بحج الاسلام احج عنه رجل
راكبا من بلده لان الواجب عليه الحج من بلده ان بلغ نفقته
ذلك اي الاحجاج من بلده فان مات حاج اي قاصد الحج في
طريقه اوصي بالحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وزفرهما
ان بلغ نفقة ذلك والا فمن حيث يبلغ وفي وصيته بثلث
ماله لزيد وسدسه لآخر ولم يجيزوا اى الورثة فثلث الثلث

اي لا يجعل ثلث المال بينهما على السواء بل يقسم على قدر
حقهما وفي وصيته بثلثه لزيد وكله لآخر ولم يجز الورثة
ينصف الثلث بينهما عند ابي حنيفة لان الوصية باكثر من الثلث
اذا لم يجز الورثة تقع باطلة فكانه اوصي بالثلث لكل واحد
فينصف ثلثه بينهما وقالا يربع الثلث فيجعل الثلث بينهما
على اربعة اسهم ثلثه للموصي له بالكل وسهم للموصي
له بالثلث لان الوصية بالزايد على الثلث انما يبطل بمعني ان
الموصي له لا يستحقه حقا للورثة لكن يعتبر في اثبات الموصي قدر
شيئين بلا زمة ما سمي لكل واحد منهما بكماله وتفضيل احد
على الآخر وقد تعذر تحصيل مقصوده في احد الحكمين بحق
الورثة لكن لم يتعذر في الحكم الآخر وهو التفضيل فمخرج الثلث
ثلثه والثلث احد والكل ثلاثة صارت اربعة فيقسم الثلث
لهذا السهام وهذا مبني على الاصل يختلف بينهم وهو قوله
ولا يضرب في الثلث بالاكثر من الثلث الموصي له باكثر من
عند ابي حنيفة رحمه الله فانه اذا اوصي بالثلث والكل عند ابي حنيفة رحمه الله
سهام الوصية اثنان لكل واحد منصف فيضرب في النصف
ثلث المال يحصل نصف الثلث وهو السدس فلكل واحد سدس

المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد منها من
الاربعة ربع فيضرب الربع في ثلث المال نصيب ربع الثلث فهو
للموصي له بالثلث ثم للموصي له بالكل ثلثان من الاربعة
وهي ثلثة الارباع فضرب ثلثة الارباع في الثلث يصير ثلثة
ارباع الثلثان فهو للموصي له بالكل الا في المحاباة فان
صاحب المحاباة يضرب في الثلث بجميع المحاباة مثل ان يكون
لرجل عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة
فاوصي بان باع الاول من زيد بمائة والآخر من عمرو بمائة
فهنا قد حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة
وذلك كله وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له مال
سوى هذين العبدين ولم تجز الورثة صارت المحاباة بقدر
الثلث فيكون بينهما اثلاثا ياخذ الموصي له بالالف بحسب نصيبه
وهي الالف والموصي له الآخر بحسب نصيبه وهي خمسمائة فلو كان
هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة لوجب ان لا يضرب الموصي له
بالالف بجميع الالف لانهما يزيد على ثلث المال والا في السعاية
صورة السعاية ان يوصي بعتق عبديه قيمة احدهما الف وقيمة
الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة يعتقان جميعا

وان لم

وان لم تجز والعبدان يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالالف
بينهما على قدر وصيتهما فثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى
في الباقين والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي والا في
الدراهم المرسلة اي المطلقة غير المقيدة بانها جزء من المال
اي نصف وثلث او نحوهما وصورتها ان يوصي لرجل بالف وللآخر
بالفين وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما
اثلاثا فكل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة
لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث
وانما فرق ابو حنيفة رحمه الله بين هذه الثلث الصور وبين غيرها
لان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كانت لنفوذ
والثلث وغيرهما والشرع ابطل الوصية في الزايد لكون ذكره لغوا
لان اللفظ في مجرده لم يصح فلا يعتبر في حق الضرب بخلاف ما
اذا لم يكن مقدرة بانه باي شيء من المال كما في الصور الثلث
فانه ليس في العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصي بخمسين
درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية
لامكان ان يظهر له مال فوق المائة بل اذا لم يكن له
اصلا عند الوصية فالوصية بالدراهم المرسلة صحيحة

ان يستفيد مالا واذا لم يكن باطلة بالحلية يكون معتبرة في حق
الضرب رحم الله اباحنيفة فان هذا فرق دقيق والوصية
بمثل نصيب ابنه صحت لان مثل الشيء غيره وهذا بخلاف الوصية
بنصيبه اي نصيب الابن فانه لا يصح لان نصيب الابن مال الابن فيكون
وصية بمال الغير فلا يصح وقال زفر يصح والعبرة بحال العقد
في التصرف المنجز التصرف ضربان منجز وهو الذي يوجب حكمه
في الحال ومضاف الى الموت وهو ما وجب حكمه بعد الموت كانت
حر بعد موتي او هذا لزيد بعد موتي ففي المنجز يعتبر حال
التصرف فان كان في حال الصحة فمن كله ينفذ التصرف المنجز
والا اي وان لم يكن في الصحة بل كان في المرض فمن ثلثه اي
ثلث المال يعتبر والمراد التصرف الذي هو انشاء وفيه معنى
التبرع حتى ان الاقرار بالدين في المرض ينفذ من كل المال وكذا
النكاح بمهر المثل ينفذ من كل المال واما التصرف المضاف
الى موته فيعتبر من الثلث وان كان في حال الصحة فان دبر
عتق عبد في حال الصحة او في حال المرض يعتبر من ثلث
وكل مرض صح فيه فهو كالصحة لان حق الوارث والغريم
[يتعلق] بماله في مرض الموت ومن اعتق عبدا في مرضه

الاستيلاد

او حابا

او باع وحابى او وهب اي ضمن ما كان حكم اعتاقه ومحاباته وهبته
وضمانه حكم وصية في حق الاعتبار من الثلث وليس
المراد ان هذه التصرفات وصية حقيقة لان الوصية ايجاب
بعد الموت وهذه التصرفات منجزة ومن اوصى لجيرانه يعني
لجاره يدخل في جاره من لصق داره به اي بداره عند
ابي حنيفة وزفر رحمهما وعندهما الجار كل من يسكن محلة الموصي
و[يجمعهم] مسجد المحلة ومن اوصى لاصهاره يدخل في صهره
كل ذي رحم محرم ومن عرسه وكذا يدخل فيه كل ذي
رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي
رحم محرم منه لان الكل صهره وانما يدخل تحت الوصية
من كان صهرا للموصي يوم موته لان المعتبر حال الموت ومن
اوصى لختنه يدخل في ختنه كل زوج امرأة ذات رحم محرم
منه كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا
كل ذي رحم محرم من ازواج هؤلاء كذا ذكره محمد وعندهما
يتناول كل من في عياله وفي نفقته سوى مماليكه ومن اوصى
لآله يدخل في آله اهل بيته ويدخل فيه ابوه وجده وكل من ينسب
اليه من قبل آبائه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب

والذكر والانثى والمسلم والكافر لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة ام الموصي لانهم لا ينسبون الى اب الموصي لاكبر واقاربه وذو انسابه محرماه اي من اوصى لذي انسابه يدخل فيه محرماه اي ان كان له محرمان فقط يصرف الوصية اليهما لان اقل الجمع في الوصية اثنان فصاعدا من كل ذي رحم تقدم الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه كما في الميراث غير الوالدين والولد اي لا يدخل في هذه الوصية الاب والام قيل من قال للوالد قريبا فهو عاق لكن يدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح ان الجد وولد الولد لا يدخل وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وفي ولد زيد اي لو اوصى لولد زيد الذكر والانثى سواء لان اسم الولد ينتظم الكل وفي ورثته ذكر كانثيين اي لو اوصى لورثته يدل على ذلك وفي بني ن والانثى منهم اي لو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث قول ابي حنيفة رح اولا وهو قول محمد رح لان اسم بني فلان ارث ايضا وعند ابي يوسف رح وهو قول ابي حنيفة رح

اخرا لا يدخل الانثى بل هذا اللفظ للذكر لا غير وبطلت الوصية لمواليه فيمن له معتِقون ومعتَقون الا ان يبين ذلك في حيوته لان لفظ الموالي مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على احدهما فوجب التوقف وقال الشافعي رح الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وصحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا لان المنفعة يحتمل التمليك في حال الحيوة فكذا بعد المماة وصحت الوصية لغلتهما اي غلة عبده وداره فان خرجت الرقبة يسكن الدار ويستغلهما
اي رقبة العبد والدار في الثلث
والا يخرج الرقبة من الثلث مثل ان لا مال له سواهما قسمت الدار اثلاثا فيسكن الموصي له او يستغل من ثلثها والورثة الثلثين وتهايا في خدمة العبد يخدم الموصي له يوما والورثة يومين ولو اقتسم الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا وبموته اي موت الموصي في حيوة موصيه تبطل لانها ايجاب مضافا الى ما بعد الموت وبموت الموصي له بعد موته اي بعد موت الموصي يعود الموصي به الى الورثة اي الى ورثة الموصي بحكم الملك فان الرقبة ملكهم وصحت الو بثمرة بستانه ثم ان مات الموصي وفيه ثمرة فللموصي له

اسلمت اي الى الموصى له بخدمة العبد ويسكنى الدار واستغلا صح

الثمرة فقط دون الثمرة التي تحدث بعدها وان ضم ابدا وقال
له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وما تحدث بعدها فيما
يستقبل ما عاش الموصي له كما في غلة بستانه اي ان اوصى بغلة
بستانه فله الغلة القائمة وما يحدث من غلته فيما يستقبل
وان لم يقل ابدا والحاصل ان الثمرة لا يتناول الحادث الا ان
يزيد ابدا والغلة يتناوله وان لم يقل ابدا وصحت الوصية
بصوف غنمه وولدها ولبنها كان له اي للموصي له ما
في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما في ظهرها
من الصوف في وقت موته اي موت الموصي سواء ضم قوله
ابدا او لا والفرق بينهما وبين ما تقدم ان الصوف واللبن
والولد الموجود يصح استحقاقها بالعقود فانها يملك بالبيع
وغيره فكذا بالوصية واما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها
بشيء من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا واما
الثمرة او الغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة
والمعاملة فيصح بعقد الوصية بل اولى لانها اوسع واذا صنع
او نصراني بيعة او كنيسة ثم مات يورث بيعه وكنيسة
لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده

يورث فلا يلزم فكذلك هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا
يصح والوصية بجعل احدهما اي ان اوصى يهودي او نصراني ان
يجعل لقوم مسمين بيعة او كنيسة يصح ولقوم غير مسمين يصح
عند ابي حنيفة رح لا عندهما قال مشايخنا هذا الاختلاف فيما اذا اوصى
ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق
والمراد بالقرى ههنا ما ليس فيه من شعار الاسلام شيء اما اذا
كانت قرية فيها من شعار الاسلام فهي كالمصر

فصل

ومن اوصى الى زيد يقال اوصى الى فلان اي فوض اليه التصرف
في ماله بعد موته وقبل زيد الوصية عنده اي عند الموصي وفي وجهه
يصير وصيا فان رد بعد القبول عنده وفي وجهه رد لانه متبرع
في ذلك فان شاء دام عليه وان شاء رجع وليس في الرجوع تغرير
تغزير
لا
ولا يرد عند الموصي في وجهه بل ردها في غير وجهه لا يكون
ردا لانه اعتمد عليه الموصي فان صح الرد بغيبته في حيوته
او رده بعد مماته يلزم الغرور فان اوصى الى زيد وسكت من
الرد والقبول في حيوته ثم مات موصيه فله رد وضده اي القبول
ولزم الوصية ببيع شيء من التركة بعد موت الموصي
جعل به اي بالايصاء لوجود دليل القبول وهو التصرف

رد بعد موته ثم قبل صح اي ان مات الموصي وهو لم يقبل

ولم يرد في حيوته فقال بعد موته لا اقبل فاذا قبل بعد ذلك

يصح الا اذا نفذ قاض رده ولو اوصي الي عبد او كافر او فاسق

اخرجه وبدل له القاضي بغيره وهذا اللفظ يشير الي صحة

الوصية لان الاخراج عن الوصية والتبديل انما يكون بعد

الوصية وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه

سيبطل في جميع هذه الصورة وقيل في العبد باطل وفي غيره

سيبطل وقيل في الكافر باطل ايضا ولو اوصي الي عبده صح ان

كان كل ورثته صغارا وان كان الورثة كبارا او صغارا لهم

يصح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصح في الوجهين لانه فيه

اثبات الولاية للمملوك علي المالك وهو قلب المشروع وله

ان العبد من الشفقة ما لا يكون لغيره والصغار وان كانوا

ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة بخلاف ما اذا كان البعض

كبارا اذ لهم المنع وبيع نصيبهم من هذا العبد ولو اوصي الي

من عن القيام بها اي بالوصية ضم القاضي اليه غيره

يفعل ليتضرر الوصي بعجزه عن التصرف اذ الورثه

ت ويبقي امين بقدر اي اذا كان الوصي امينا

نادرا علي التصرف لا يجوز للقاضي اخراجه بل يجب تبقية

ولو اوصي الي اثنين لا يفرد احدهما اي لا يكون لاحدهما

ان يتصرف دون صاحبه الا بشرا كفنه اي كفن الموصي وتجهيزه

لان ربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد

الميت والا في الخصومة في حقوقه لانه لا يمكن اجتماعهما عليه

فانهما ان حضرا يتكلم الا احدهما ففي اجتماعهما علي الخصومة

شغب والا في قضاء دينه بجنس حقه وطلبه لا يحتاج الي

لانه

الراي والا في شرا حاجة الطفل مثل طعامه وكسوته ففي التاخير

خوف هلاكه جوعا او عريانا والا في الاتهاب له والا في

اعتاق عبد عين فاحد الوصيين يملك اعتاقه لعدم

الاحتياج الي الراي بخلاف اعتاق العبد غير المعين ورد

وديعة وتنفيذ وصية بشرط ان تكون الوديعة والوصية

معينين لعدم الاحتياج الي الراي والا في جميع اموال ضايعة

لان في التاخير خشية الفوات والا في بيع ما يخاف تلفه

لان فيه ضرورة واما ما سوي ذلك من البيع والرهن والا

جارة والكتابة وما اشبه ذلك فلا يفرد احد الوصيين

بذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف ينفرد كل

من الوصيين في جميع الاشياء واذا مات الوصي وقد اوصى
الى اخر فحينئذ وصي الوصي وصي حتى يتصرف في ماله
اي مال الوصي ومال موصيه اي موصي الوصي الاول عندنا
وعند الشافعي رح لا يكون الوصي الثاني وصيا في مال الموصي الاول
ولا يبيع وصي ولا يشتري الا بما يتغابن فيه فللموصى
ان يبيع مال الصبي من المنقولات من الاجنبي بمثل
القيمة وبما يتغابن الناس فيه وهو ما يدخل تحت
تقويم المقومين ويجوز له ان يشتري للصبي من الاجنبي
كذلك لا بالغبن الفاحش واما من نفسه فان كان الوصي
وصي الاب يجوز لا ان كان وصي القاضي لكن يشترط ان يكون فيه
منفعة ظاهرة وفسر ذلك بان يبيع ماله من الصغير وهو
يساوي خمسة عشر بعشرة او يشتري بمال الصغير لاجل نفسه
وهو يساوي عشرة بخمسة عشرة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد رح لا يجوز هذا بحال وصح للوصي بيع عقار
الموصي اذا كانت الورثة صغارا كلهم سواء كانوا حضورا
او غيبا اوكان على الميت دين اولا ولكن انما يبيع بمثل القيمة او بما
يتغابن فيه قيل هذا جواب السلف وجواب المتاخرين انه انما

يجوز بيع عقار الصغير اذا كانت على الميت دين ولا و…
العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقا…
في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى ويد…
الموصي مضاربة وشركة وبضاعة و…
كان ولايته نظرية لا يحتال على الاعم…
بعض الوجوه ولا يقرض مال اليتيم…
الغائب كل شيء من ماله الا العقار لان…
وهو الاب مثلا لا ولاية له على ابنه الكبير فكذا وصيه…
المنقول من الحفظ لانه يتوالى عليه اسباب التوى فكان البيع
حفظا وحفظ الثمن ايسر وبيع العقار ليس من الحفظ لانه
محفوظ بنفسه ولا يتجر الوصي في ماله لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة   الخنثى هو ذو فرج اراد به قبل المراة
وذكر فان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى وان
بال منهما حكم بالاسبق خروجا لانه حين وجد وجد بلا
معارض وان استويا في السبق فمشكل ولا يعتبر الكثرة
في البول عند ابي حنيفة رح وعندهما يعتبر الكثرة فان بلغ و
خرج له لحية او وطئ امراة او احتلم كما يحتلم الرجل او كان له

ل وان ظهر له ثدي كثدي المرأة
او حبل او امكن الوصول اليه من
يظهر علامة احدهما اي الرجل
هر شي من العلامات المذكورة
مع علامات الاناث كما
ي فمشكل والاصل في الخنثى
امور الدين وان لا يحكم بشي
به فان قام خلف الامام اقام بين صف
و النساء فلا يتخلل الرجال ولا يتخلل النساء فان قام
في صفهن اي النساء اعاد صلوته احتياطا لاحتمال انه رجل
وان قام في صفهم اي الرجال فصلوته تامة ويعيد من
بجنبه اي الذي عن يمينه وعن يساره ومن خلفه بحذا
لاحتمال انه امرأة وصلي بقناع وان صلي بغير قناع يعيدها
استحسانا ولا يلبس حريرا او حليا ولا ينكشف عند رجل او
امرأة ولا يخلو به غير محرم رجل وامرأة ولا يسافر بلا محرم
من الرجال وكره للرجل والمرأة ختنه ويشتري امة تختنه
ان ملك مالا فان الخنثى ان كان ذكرا فنظر الامة اليه

نظرهو

نظر مملوكه اي سيدها وان كانت انثى فانه نظر الجنس مباح حال
الغسل وللاذي وان لم يكن له مال فمن بيت المال يشتري امة تختنه
لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ثم يباع الامة ويرد
ثمنها الي بيت المال فان مات قبل ظهور حاله لم يغسل اي لم
يغسله رجل ولا امرأة بل يتيمم من التيمم وهو جعل الغير ان يتيمم
يجوز ان يتيممه ذكرا او انثى ولا يحضر مراهقا غسل ميت
ذكرا او ذكرا كان الميت او انثى وندب تسجية قبره لانه ان كان انثى
فقد اقام واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا يضر وان مات هو
ورجل وامرأة وضع الرجل بقرب الامام ثم وضع هو اي الخنثى
ثم وضع المرأة البعد عن عيون الناس ثم الخنثى فان تركه
اي الخنثى ابوه وترك ابنا معروفا فله سهم من الارث و
للابن المعروف سهمان وهذا عند ابي حنيفة وفات عنده للخنثى
اقل النصيبين اي ينظر الي نصيبه ان كان ذكرا والي نصيبه
ان كان انثى فاي منهما يكون اقل له ذلك ففي هذه الصورة
يكون ميراثه على تقدير الانوثة اقل فله ذلك وان تركت المرأة
زوجا وجدة واخا لاب وام هو خنثى فعلي تقدير الانو
ثلثة من سبعة وعلي تقدير الذكورة له اثنان من ستة

اقل فله هذا قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وعند الشعبي
وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما له اي للخنثى نصف النصيبين اي يجمع بين نصيبيه ان كان ذكرا ونصيبه ان كان
انثى فله نصف ذلك المجموع وهو في هذه الصورة ثلثة من
سبعة عند ابي يوسف رح وفي تخريجه القسمة بين الانثى والابن
المعروف لان للخنثى ان كان ذكرا فله سهم كابن المعروف
ولو كان انثى كان له نصف سهم فيعطيه نصف الذكور وذلك
ثلثة ارباع سهم لان نصف نصيب الذكر سهم ونصف نصيب
الانثى ربع سهم فصار للخنثى ثلثة ارباع سهم وبعد البسط
وهو جعل الصحيح من جنس الكسر والتصحيح هو جعل كل كسر سهما
صحيحا يصير الابن المعروف اربعة وللخنثى ثلثة فانا نجعل
كل ربع سهما لان المخرج اربعة فيصير المجموع سبعة ونصف
النصيبين خمسة من اثنى عشر عند محمد رح وفي تخريجه القسمة
لان الخنثى لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان
ثلث المال فيكون نصف النصف ونصف الثلث فيحتاج الى
نصف ولنصفه نصف وله ثلث ولثلثه نصف و
ثلث ففي حال له نصف نصفه ثلثة وفي حال له نصف

ثلثه اثنان فيكون خمسة والباقي وهو سبعة للابن المعروف
مسائل شتى كتابة الاخرس وايماؤه بما يعرف به
نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه وقوده كالبيان فالكتابة
على ثلثة اوجه مستبين مرسوم معنون بنحو من فلان الى
فلان كما يكون على الكاغذ وهو يجري مجرى النطق في الحاضر
والغائب ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على ورق
الشجر او على الكاغذ لكن لا على رسم الكتب بان لا يكون معنونا
بمنزلة الكتابة على الهواء او على الماء فلا اعتبار بها ولا يثبت بها
حكم واما الايماء فهو حجة من الاخرس في هذه الاحكام المذكورة
للضرورة لا لهما من حقوق العباد والغالب في القصاص حق العبد
ولكن لا يحد اي اذا اقر بما يوجب الحد بطريق الاشارة او قذف
بطريق الاشارة لا يحد والفرق بين الحد والقصاص ان الحد لا
يقام الا ببيان لا شبهة فيه الا يرى ان الشهادة بالوطي الحرام
والاقرار به لا يوجب الحد ما لم يصرح بالزنا والقصاص يقام
بالشهادة او الاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد
وقالوا في معتقل اللسان اي الذي عرض له احتباس
حتى لا يقدر على الكلام من اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس

الكلام ان امتد ذلك الاعتقال سنة وقيل بان يبقي الي
زمان الموت قيل وعليه الفتوي وعلم اشاراته فكذا اي
اشاراته كالبيان كما في الاخرس وان لم يمتد او لم يعلم
اشاراته فليس اشارته بمنزلة البيان وعند الشافعي له حكم
حكم الاخرس امتد ذلك اولا وفي غنم مذبوحة فيها ميتة
هي اقل من المذبوحة تحري واكل واذا كانت الميتة اكثر او كانا
نصفين لم يأكل وهذا في حال الاختيار بان يجد مذبوحة
بيقين مثله واما في حال الضرورة تحري واكل سواء كانت
المذبوحة اقل او اكثر او كانا سواء لان الميتة تحل عند الضرورة
فالمختلط اولي ولكن مع هذا لا يأكل بلا تحري وقال الشافعي
لا يحل الاكل في حال الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان
التحري دليل ضروري ولا ضرورة حال الاختيار ولنا ان الغلبة
تقوم مقام الضرورة في اثبات الاباحة لانا لا نعلم ان اسواق
المسلمين لا يخلو عن الحرام ومع هذا جاز التناول مما اشترى
منه باعتبار الغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه
[illegible] امتناع عنه فصار عفوا عفي الله تعالي عنا سيئاتنا
[illegible] في تحرير شرحنا هذا ويقول الفقير

الكاتب